

Der Vollzug der Wandelung

nach § 465 B.G.B.

Inaugural-Dissertation,

welche

nebst den Thesen

mit

Genehmigung der Hohen juristischen Fakultät der
Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

am

Dienstag, den 1. Dezember 1903, vormittags 10¹/₂ Uhr

in der

Aula Leopoldina der Universität

öffentlich verteidigen wird

Paul Huch,

Gerichtsreferendar.



Opponenten:

Dr. Franke, Gerichtsreferendar,

Herzog, Gerichtsreferendar.

Breslau 1903.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerel, E. G. m. b. H.

Inhalts.

Meinen lieben Eltern.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhalt.

	Seite
§ 1. Historische Entwicklung.	1
§ 2. Die actio redhibitoria im römischen und gemeinen Recht	8
§ 3. Entwicklungsgeschichte der Wandelungsparagraphen	13
§ 4. Die Theorien über den Wandelungsvollzug. . . .	36
§ 5. Rechtliche Konstruktion des Wandelungsanspruchs nach B.G.B.	42
§ 6. Zeitpunkt des Eintritts des Wandelungsvollzuges. .	61
§ 7. Die Vollziehung der Wandelung durch Vertrag . .	67
§ 8. Die Vollziehung der Wandelung durch Rückleistung be- ziehungsweise durch Verurteilung zur Rückleistung	72

Litteratur.

A. Gemeines Recht.

- Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. 1882.
- Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 1 und 2. 1876 und 1884.
- Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 1900.
- Gans im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 2. 1821.
„Das ädilitische Edikt leidet keine Ausdehnung und geht nicht auf alle verkaufbaren Dinge“.
- Gesterding in der Zeitschrift für Zivilrecht und Praxis. Bd. 6. 1833.
„Sieben Abhandlungen aus der Lehre vom Edikt der Ädilen über verkäufliche Gegenstände und besonders von der actio redhibitoria“.
- Glück, Erläuterung der Pandekten. Bd. 20. 1819.
- Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht. 1. Abteilung 1883, 2. Abteilung 1884.
- Ihering in seinen Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 4. 1861.
„Culpa in contrahendo“.
- Keller in Sell's Jahrbüchern. Bd. 3. 1844.
„Über das Verhältnis des ädilitischen Edikts zum Zivilrecht in der Lehre von Gewähr der Mängel an verkauften Sachen“.
- Lenel, Das Edictum perpetuum. 1883.
- Neustetel in seinen und Zimmern's Römischrechtlichen Untersuchungen. Bd. 1. 1821.
„Bemerkungen zum ädilitischen Edikt“.
- Savigny, System des heutigen römischen Rechts.
- Sohm, Institutionen des römischen Rechts.
- Sintenis, Das praktische gemeine Recht. Bd. II. 1861.
- Thibaut, Zivilistische Abhandlungen No. IX.
- Unterholzner im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 6. 1823.
„Von dem Verkauf mangelhafter Sachen“.
- Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 1876.
- Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 1900.

B. Bürgerliches Gesetzbuch.

- Vorlage des Redaktors Dr. F. Ph. von Kübel, 2. Buch.
- Protokolle der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
- Der von der ersten Kommission ausgearbeitete Entwurf. (cit. Entwurf I.)

- Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich (Amtliche Ausgabe). (cit. Motive.)
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B.G.B. für das Deutsche Reich, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. (cit. Protokolle II. Lesung).
- Der von der zweiten Kommission ausgearbeitete Entwurf. (cit. Entwurf II).
- Denkschrift zu dem Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich. (cit. Denkschrift).
- Reichstagsvorlage.
- Bericht über den Entwurf eines B.G.B. in Verbindung mit dem Entwurf eines Einführungsgesetzes zum B.G.B. Reichstag, Neunte Legislaturperiode.
- Aschheim, Der Wandelungsanspruch beim Kauf des B.G.B. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts.
- Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. für das Deutsche Reich.
- Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens.
- Eccius in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts von Rassow, Küntzel, Eccius, begründet von Gruchot, Bd. 43:
 „Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem B.G.B.“
- Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von Dr. R. Leonhard. Bd. I. 1903.
- Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf.
- Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem B.G.B.
- Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
- Epping, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache.
- Fischer, Recht und Rechtsschutz.
- Flechthheim in Gruchot's Beiträgen Bd. 44:
 „Aufhebungsanspruch und Einrede“.
- Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe 1902.
- Friedenthal, Einwendung und Einrede in der Z.P.O. und dem B.G.B.
- Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch.
- Gmelin, Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozessrecht.
- Hasslacher, Die Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel.
- Hellwig, Anspruch und Klagerecht (S. 383).
- Hoffmann, Inwieweit kennt das B.G.B. ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Verträge.
- Jakubetzky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich.
- Deutsche Juristen-Zeitung VII. Jahrgang. (S. 205.)

VIII

- Kipp, Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät zu Rudolf von Ihering's 50jährigem Doktorjubiläum.
- Kloss im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Bd. 9:
 „Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache“.
- Köhler im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 80:
 „Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozess“.
- Kuhlenbeck, Das B.G.B. für das Deutsche Reich.
- Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B.
- Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache.
- Lobe im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht u. Prozess Bd. 9:
 „Vorschriften des B.G.B. über die Wandelung und ihre praktische Bedeutung“.
- Leske, Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des Preussischen A.L.R.
- Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
- Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandlungs- und Minderungsanspruch des B.G.B.
- Naefe, Die Gestaltung der Wandelung nach § 467 B.G.B.
- Oertmann, Kommentar zum B.G.B.
- Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz (Kommentar, zweite Auflage).
- Das Recht, Sechster Jahrgang, Heft 4.
- Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. für das Deutsche Reich.
- Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B.
- Staudinger, Kommentar zum B.G.B. für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz.
- Steinitz, Die Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung und Minderung.
- Stratmann, Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des B.G.B.
- Stamm, Die Ansprüche eines Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlers einer zugesicherten Eigenschaft im gemeinen Recht und im B.G.B.
- Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages. Gutachten von Baehr und Hanausek.
- Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts.

Abkürzungen.

B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.

Z.P.O. = Zivilprozessordnung (neuer Fassung).

R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts.

§ 1.

Historische Entwicklung.

Die Bestimmungen des B.G.B. über die gesetzliche Haftung des Verkäufers für Sachmängel im allgemeinen und die besonderen Bestimmungen über das sich hieraus ergebende Wandelungsrecht sind das Produkt einer allmählichen Rechtsentwicklung, deren Anfänge im älteren römischen Zivilrecht, zum grössten und wichtigsten Teil in den Vorschriften des ädilicischen Edikts ruhen.

Die erste zuverlässige Nachricht über das Bestehen einer zivilrechtlichen Haftpflicht des Verkäufers für die Beschaffenheit der verkauften Sache findet sich bei Cicero de off. III. 16, § 65 erwähnt: nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret. (Hanausek Bd. I S. 41 Unterholzner im Archiv für zivilist. Praxis Bd. VI S. 64, Keller in Sell's Jahrb. III. S. 90). Danach brauchte der Verkäufer nach den Bestimmungen der zwölf Tafeln nur für diejenigen Fehler und Mängel einzustehen, in betreff deren eine ausdrückliche Zusage geschehen war. Leugnete der Verkäufer diese Zusage ab, so musste er zur Strafe das Doppelte entrichten. (Unterholzner a. a. O. S. 63 f.).

Diese Bestimmung bot den Käufern nur einen sehr geringen Schutz. Denn hatte der Verkäufer die Kaufsache nicht ausdrücklich unter der Zusage der Fehlerlosigkeit verkauft, so haftete er wegen der tatsächlich vorhandenen Fehler in keiner Weise, selbst dann nicht, wenn ihm die Fehler bekannt waren, er also dolos gehandelt hatte.

Diese engen Bestimmungen konnten bei einem gesteigerten Gütertausch nicht mehr genügen. Die Käufer mussten wenigstens gegen die Betrügereien der Verkäufer geschützt werden. Daher wurde, wie Cicero a. a. O. weiter berichtet, von den Rechtsgelehrten die Haftung des Verkäufers auch auf ihm bekannte, aber von ihm verschwiegene Fehler ausgedehnt. *a iure consultis etiam reticentiae poena est constituta. quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.* (Hanausek S. 41, Unterholzner a. a. O. S. 64, Keller a. a. O. S. 91.)

Diese Erweiterung der Haftpflicht des Verkäufers kam anfangs nur bei Grundstücks-Verkäufen zur Anwendung, später jedoch allgemein. (Keller a. a. O. S. 90 ff. Hanausek I S. 41 ff., Sintenis S. 606 Anm. 79.)

Es haftete somit zu dieser Zeit der Verkäufer für ausdrückliche Zusagen — *dicta promissa* — und *dolus*. In letzterer Hinsicht war die Haftung allerdings für den Fall ausgeschlossen, dass dem Käufer die verheimlichten Mängel bekannt waren und er trotzdem den Kauf abschloss. Eine Benachteiligung des Käufers seitens des Verkäufers war in diesem Falle nicht anzunehmen und daher ein Schutz des Käufers, der durch die vorbehaltlose Annahme der fehlerhaften Sache gewissermassen auf sein aus der Gewährleistungspflicht des Verkäufers entspringendes Recht verzichtete, nicht notwendig.

Das römische Recht blieb jedoch in richtiger Erkenntnis, dass die bisherigen Bestimmungen den Käufer mit Rücksicht auf die *bona fides*, die nunmehr Grundlage des Vertrages wurde, noch nicht genügend schützten, bei den gewonnenen Resultaten nicht stehen. Der minder erfahrene Käufer befand sich den gewerbsmässigen, schlaun Händlern gegenüber immer noch in ungünstiger Lage, schon deshalb, weil ein Beweis für das dolose Verhalten des Verkäufers meist recht schwer zu führen war. Daher war ein noch grösserer Schutz des Käufers gegen die Übervorteilungen seitens der Händler geboten. Dieses Bedürfnis hat sich

offenbar bei den auf den offenen Sklaven- und Viehmärkten abgeschlossenen Verkäufen besonders fühlbar herausgestellt. Denn gerade die Ädilen d. h. diejenigen Beamten, denen die Aufsicht über den Markt oblag und die auch, ähnlich wie die Prätores, eine dem Umfange ihrer Amtsgewalt entsprechende Jurisdiktion in den auf dem Markt geschlossenen Kauf- und Verkaufsgeschäften hatten, steigerten die Haftpflicht des Verkäufers noch mehr und brachten sie zu einem gewissen Abschluss durch den Erlass besonderer Edikte für den Markthandel, der sogenannten ädilicischen Edikte.

In dem ersten der beiden Edikte, welches den Verkauf von Sklaven behandelt (Sklavenedikt) und dessen Eingang lautete:

Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores
quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove
sit, noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea
mancipia venibunt, palam recte pronuncianto (l. 1 § 1
D. de aed. ed. Glück XX S. 15)

legten die Ädilen dem Verkäufer die Pflicht auf, bestimmte Mängel dem Käufer unaufgefordert mitzuteilen und zwar offenkundig, durch ausdrückliche Mitteilung, nicht nur im allgemeinen durch eine Inschrift oder durch konventionelle Zeichen. (Bechmann I S. 400, Neustetel a. a. O. S. 209, Unterholzner a. a. O. S. 69.) Als vertretungspflichtige Mängel bezeichnete das Edikt die körperlichen Fehler und einige besonders aufgeführte vitia animi. Ausserdem wurde von den Ädilen in dieses Edikt auch die bisherige Haftung des Verkäufers für dicta promissa ausdrücklich aufgenommen und eigens erwähnt, dass auch in diesem Falle die von ihnen neueingeführten Rechtsmittel dem Käufer gewährt werden würden. l. 1 § 2 D. de aed. ed.

Noch weiter gingen die Ädilen in dem zweiten, jüngeren Edikt, in welchem sie die für den Kauf und Verkauf von Last- und Zugvieh festgesetzten Bestimmungen veröffentlichten (Jumentenedikt) und in dessen Eingang sie bestimmten:

Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto quid in
quoque eorum morbi vitiive sit . . .

l. 38 pr. D. de aed. ed. Glück XX S. 18.

In diesem Edikt bestimmten die Ädilen, dass der Verkäufer nicht nur wie im Sklavenedikt bestimmte Mängel und Fehler zu vertreten habe, sondern überhaupt alle Mängel, mochten sie ihm bekannt oder unbekannt sein, wenn sie nur geeignet waren, die normale, bestimmungsmässige Brauchbarkeit der verkauften Ware zu beeinträchtigen und daher ihren Wert zu mindern. (Unterholzner a. a. O. S. 70 ff. Bechmann I S. 410.) Die Ädilen dehnten diese Bestimmungen auch auf andere Viehkäufe aus, indem sie bestimmten:

Quae de iumentorum sanitate diximus de cetero quoque pecore omni venditores faciunt.

l. 38 § 5 D. de aed. ed.

Der Grundgedanke dieser Edikte ist deutlich in l. 1 § 2 D. de aed. ed. ausgesprochen:

dummodo sciamus, venditorem etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, nec enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.

Der Verkäufer soll und muss alle Fehler der Sache kennen und diese dem Käufer anzeigen.

Hierin lag die Neuerung gegenüber dem Zivilrecht. Nach diesem schloss die Unkenntnis des Verkäufers auch dessen Haftpflicht aus. Von nun an „aber konnte der Verkäufer aus seiner Unwissenheit nicht nur keinen Entschuldigungsgrund für sich ableiten, sondern seine Unwissenheit wurde in rechtlicher Beziehung auf dieselbe Stufe gehoben wie sein dolus und zog auch die nämlichen Folgen nach sich“. (Keller a. a. O. S. 93, 94.)

Schon die blosse Nichtanzeige verborgener Fehler machte den Verkäufer nunmehr haftbar. Dabei war es durchaus nicht erforderlich, dass dieser Nichtanzeige eine unredliche Absicht zu Grunde lag, auch wenn der Nichtanzeige Unkenntnis zu Grunde lag, war der Verkäufer zur Gewährleistung verbunden. Der Zweck des Edikts, der in l. 1 § 2

D. de aed. ed. mit den Worten angegeben wird, ut occurratur fallaciis vendentium et emtoribus succurratur, war erreicht.

Der Verkäufer hatte somit in dieser Zeit, dem Käufer zu gewähren, dass der Gegenstand von der Beschaffenheit sei und diejenigen Eigenschaften an sich trage, welche der Käufer der Natur der Sache, den regelmässigen Umständen und gewöhnlichen Verhältnissen gemäss zu erwarten berechtigt war und im entgegengesetzten Falle für alle Mängel einzustehen (Sintenis II S. 607).

Die in diesen Edikten getroffenen Bestimmungen fanden ursprünglich — das geht schon aus der Kompetenz der Ädilen hervor — nur in den vor ihnen geführten Prozessen Anwendung. Die Anwendung der im ädilicischen Edikt niedergelegten Grundsätze war somit zu dieser Zeit sowohl hinsichtlich der Kaufsachen als auch des Prozessforums beschränkt.

Allmählich fanden diese Grundsätze jedoch auch ausserhalb des Sklaven- und Viehkaufs Anwendung. Dies sagt deutlich l. 1 pr. D. de aed. ed.:

Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sunt, quam earum quae mobiles aut se moventes.

Beweis hierfür bieten auch l. 63 D. de aed. ed. und l. 48 § 6 eod. sowie l. 4 C de aedil. act. 4. 58. (Keller a. a. O. S. 124 ff. Unterholzner a. a. O. S. 76, Neustetel a. a. O. S. 210. Anders, aber mit Unrecht Gans im Archiv für zivilistische Praxis Bd. II S. 112 ff. (No. 9). Sintenis S. 607. Glück S. 38.)

Nur auf die Verkäufe fiskalischer Sachen und auf die unbedeutender Gegenstände wurden die Grundsätze des ädilicischen Edikts nicht ausgedehnt; bezüglich dieser Verkäufe blieb es vielmehr bei den alten zivilrechtlichen Bestimmungen l. 1 § 3 D. de aed. ed., sowie l. 48 § 8 eod. und l. 37 § 1 D. de evict. 21. 2. (Keller a. a. O. S. 130.) Im übrigen war nach justinianischem Recht die Ausdehnung der Bestimmungen des ädilicischen Edikts in sachlicher Beziehung auf Verkaufsgeschäfte jeder Art durch Praxis und Gerichtsgebrauch anerkannt.

Diese Erweiterung des Anwendungsgebietes der ädilischen Bestimmungen hatte jedoch keineswegs auch eine Erweiterung der in den Edikten enthaltenen Bestimmungen über die zu vertretenden Fehler und Mängel selbst zur Folge. Vielmehr wurden die ädilischen Klagen niemals wegen anderer Ursachen zugelassen, als solcher, die in den Edikten angeführt waren (l. 4 § 34 D. de aed. ed. Keller a. a. O. S. 126, Neustetel a. a. O. S. 211). „Darum bleibt denn beim Sklavenverkaufe die Anwendbarkeit der ädilischen Vorschriften auf physische Fehler und auf die im Edikt speziell namhaft gemachten *vitia animi* beschränkt; bei allen übrigen Verkäufen leiden die Bestimmungen des Edikts, nur wenn es sich um körperliche Fehler handelt, Anwendung. Was nun hiernach nicht im Umfange der ädilischen Vorschriften liegt, muss ausschliesslich nach den Grundsätzen des Zivilrechts beurteilt werden.“ (So Keller a. a. O. S. 130.)

Im allgemeinen haftete somit der Verkäufer zur *justinianischen Zeit*

1. für alle vorhandenen, aber nicht angezeigten Mängel, welche die normale Brauchbarkeit des verkauften Gegenstandes aufheben oder erheblich mindern,
2. für zugesicherte Eigenschaften — *dicta promissa*.

Trotz des Vorliegens dieser Voraussetzungen war jedoch der Verkäufer von seiner Haftpflicht befreit, wenn der Käufer das Vorhandensein der Mängel oder die Abwesenheit der zugesicherten Eigenschaft kannte (l. 1 § 6, l. 48 § 4 D. de aed. ed.). Unter den zu 1 genannten Voraussetzungen auch dann, wenn der Mangel so offensichtlich war, dass der Käufer ihn hätte bemerken müssen, wenn also der Fehler kein verborgener war (l. 14 § 10 D. de aed. ed.). Von diesem letzteren Falle machte das Gesetz nur eine Ausnahme, wenn der Verkäufer einen *dolus in contrahendo* begangen hatte. In diesem Fall trat trotz der Nachlässigkeit des Käufers die Haftung des Verkäufers wieder ein.

Entsprechend den Änderungen der Gewährschaftspflicht des Verkäufers steigerten sich auch die Rechte des Käufers

und die demselben zur Durchsetzung seiner Ansprüche gewährten Klagen.

Das Zivilrecht gewährte dem Käufer als Klage *ex emto* die *actio emti*, mit welcher der Käufer wegen der von dem Verkäufer wissentlich verschwiegenen Mängel vollständigen Schadensersatz verlangen konnte. Weiter reichten seine Ansprüche nach den Grundsätzen des Zivilrechts nicht. Auf keinen Fall konnte er mit der *actio emti* wegen Mangelhaftigkeit prinzipaliter Auflösung des Kaufgeschäfts verlangen. „Eine solche Auflösung des Kontrakts steht mit dem Wesen der *actio ex emto*, vermittelt deren zwar auf Erfüllung nicht aber auf Aufhebung des Kaufes gedrungen werden kann, in schroffem Widerspruch“ (Keller a. a. O. S. 154). Diese Klage ging immer nur auf das Interesse. War allerdings die Kaufsache derartig mit Mängeln behaftet, dass sie völlig unbrauchbar und für den Käufer wertlos war, so dass letzterer kein Interesse an dem Bestehenbleiben des Kaufes hatte, dann konnte möglicherweise der Richter, weil dies das Interesse des Käufers war, auch im Falle der *actio emti* auf Rückgabe der Kaufsache und Rückzahlung des Kaufpreises erkennen und das Kaufgeschäft somit auflösen.

In diesem Sinne ist auch Ulpian in l. 11 § 3 D de act. emt. vend. 19. 1. zu verstehen:

Redhibitionem quoque contineri emti indicio et

Labeo et Sabinus putant et nos probamus.

(Keller a. a. O. S. 155 f, Vangerow Bd. III S. 306, Unterholzner a. a. O. S. 99.) Dieses mögliche Resultat ändert jedoch nichts an dem Charakter der *actio emti* als Erfüllungsklage.

Eine Klage, mit der unmittelbar auf Wandelung, Redhibition, geklagt werden kann und muss, gab dem Käufer erst das ädicilische Recht, das somit auch das der erweiterten Gewährleistungspflicht des Verkäufers entsprechende Recht des Käufers zum Abschluss brachte, indem es dem Käufer die *actio redhibitoria* auf Rückgängigmachung des Kaufes gab (*iudicium dabimus ut id mancipium redhibeatur*. l. 1 § 1 D. de aed. ed.).

Neben dieser Klage gab das ädilicische Recht dem Käufer, falls er aus irgend einem Grunde ein Interesse an dem Bestehenbleiben des Kaufgeschäftes hatte und daher die Redhibition desselben vermeiden wollte, noch das Recht, das Kaufgeschäft bestehen zu lassen und nur eine der Grösse oder Geringfügigkeit des Fehlers der Kaufsache entsprechende Preisminderung zu verlangen (*vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus. l. 38 pr. D. de aed. ed.*).

§ 2.

Die actio redhibitoria im römischen und gemeinen Recht.

Aus l. 28 D. de aed. ed.:

Si venditor de his quae edicto continentur non caveat, pollicentur adversus eum ad redhibendum iudicium intra duos menses vel quanti emtoris intersit intra sex menses

ist zu entnehmen, dass die actio redhibitoria ursprünglich auf einer anderen Voraussetzung beruhte, als im späteren Recht oder zum mindesten eine doppelte Funktion hatte. (Vergl. hierüber Bechmann I S. 401 ff., Hanausek I S. 21, Lenel, Das Edictum perpetuum S. 441.)

Aus dieser Stelle erfahren wir nämlich, dass dem Käufer das Recht zustand, innerhalb zweier Monate seit Abschluss des Kaufes eine Kautio de his quae edicto aedilium continentur von dem Verkäufer zu verlangen, eine Kautio wie sie im älteren Zivilrecht in Stipulationsform freiwillig von dem Verkäufer und jedem anderen übernommen werden konnte. Die Neuierung des Edikts bestand darin, dass die Ädilen den Verkäufer zur Leistung des Garantieversprechens zu zwingen suchten und zwar dadurch, dass sie bei Weigerung des Verkäufers den Käufer für berechtigt erklärten, die actio redhibitoria gegen den Verkäufer anzustrengen. Die actio redhibitoria hatte in diesem Fall lediglich eine „formelle Funktion“.

Zur Begründung des Begehrens des Käufers, der Verkäufer möge in Stipulationsform für das Freisein der Kaufsache von einem bestimmten Fehler oder von jedem Fehler kavierem, genügte lediglich die Tatsache, dass der Verkäufer die Kaufsache nicht als mit diesem bestimmten Fehler oder mit irgend einem Fehler behaftet bezeichnet hatte (Hanausek I S. 21) und zur Begründung der *actio redhibitoria* genügte in diesem Falle die Weigerung des Verkäufers, für jenen Fehler oder die Fehlerlosigkeit nachträglich Garantie zu leisten.

Zum besseren Schutz des Käufers, der diese kurze Frist von zwei Monaten leicht ungenützt verstreichen lassen konnte — so konstruiert Bechmann a. a. O. S. 405 weiter — gab dann das *ädilicische* Recht die *actio redhibitoria*, auch wenn innerhalb sechs Monaten ein ediktsmässiger Mangel tatsächlich hervortrat.

Den Abschluss erreichte die Entwicklung der *actio redhibitoria* nach Bechmann dadurch, dass der Käufer auch wegen unerfüllter Versprechungen und Zusagen, die formlos abgegeben sein konnten und ediktsmässige Fehler und Mängel nicht zu betreffen brauchten, *redhibitorisch* klagen konnte.

Wir betrachten die *actio redhibitoria* weiterhin nur in ihrer endgiltigen „materiellen Funktion“ (im Gegensatz zu der erst erwähnten formellen Funktion), in der sie als Vorläuferin der Wandelungsklage des B.G.B. anzusehen ist.

Sie konkurrierte in dieser Form, wie schon erwähnt, mit der *actio quanti minoris* insofern, als der wandelungsberechtigte Käufer freie Wahl hatte, ob er die *actio quanti minoris* oder die *actio redhibitoria* zur Geltendmachung seiner Rechte gegen den Verkäufer benutzen wollte. Vergl. I. 25 § 1 D. 44. 2.:

Est in potestate emptoris intra sex menses, redhibitoria agere mallet an ea quae datur, quanti minoris homo cum veniret fuerit.

Hierfür spricht auch schon der Umstand, dass im Edikt selbst (I. 38 pr. D. de aed. ed.) alternativ gesprochen wird (Unterholzner a. a. O. S. 88).

Keinen Unterschied macht es für den Käufer, ob Hauptmängel, welche die Sache völlig unbrauchbar machen oder nur den Wert, die Brauchbarkeit der Sache mindernde Nebenmängel hervortreten. In jedem Falle stand dem Käufer die Wahl zwischen den beiden Rechtsmitteln zu. (Unterholzner a. a. O. S. 88.)

Es entsteht nun die Frage, wann der Käufer sein Wahlrecht verlor, wann er von dem gewählten Rechtsmittel nicht mehr abgehen konnte. Diese Frage war streitig. Denkbar wäre der Fall, dass auch der Erfolg der einen Klage die andere Klage nicht ausschliesst, also der Fall der kumulativen Konkurrenz oder der entgegengesetzte Fall der alternativen Konkurrenz (Thibaut, zivilistische Abb. IX S. 156, 170), dass nämlich schon die Wahl oder die Anstellung der einen Klage, ohne Rücksicht auf den Erfolg, die andere ausschliesst. Beides hat die herrschende Meinung bezüglich der vorliegenden Klagen nicht für zutreffend erachtet. Vielmehr ist man von der Ansicht ausgegangen, dass nicht einmal die Anstellung der einen Klage, etwa der *actio redhibitoria*, dem Käufer das Recht nehme, auf das andere Rechtsmittel zurückzugreifen, geschweige denn die mündliche oder schriftliche Erklärung des Käufers, dass er redhibiere. Die Wahl wird im Gegenteil nach der herrschenden Ansicht erst durch das auf die Anstellung der einen Klage ergangene rechtskräftige Erkenntnis unabänderlich und zwar gleichviel, ob dasselbe zu Gunsten des Klagenden lautet oder nicht.

Also erst der Erfolg der einen Klage schliesst die andere aus, sogenannte elektive Konkurrenz. (Glück XX S. 150f. R. G. Bd. 37 S. 152 No. 101, Neustetel a. a. O. S. 248 f., Hanausek S. 163 bis 168.)

Abgesehen von diesem Fall trat eine Bindung des Käufers an die von ihm erklärte Wahl nach allgemeinen Grundsätzen auch dann ein, wenn sich aus der Erklärung des Käufers ergab, dass er den anderen Anspruch endgiltig aufgeben wolle und diese Erklärung seitens des Verkäufers angenommen wurde. „Die Erklärung des Käufers ist dann von einer Ver-

zichtsofferte begleitet gewesen und diese vom Verkäufer angenommen worden.“ (Hanausek a. a. O. I S. 169.)

Bezüglich der Dauer des Klagerechts des Käufers wegen Fehler und Mängel hatte das römische Recht, um dem Bedürfnis, die ädilicischen Klagen im Interesse der Beweisführung an eine kurze Ausübungsfrist zu binden, zu genügen bestimmt, dass die *actio redhibitoria* in sex menses und die *actio quanti minoris* in einem Jahre verjähre. Die Verjährungsfrist begann im allgemeinen von dem Zeitpunkt des Kaufabschlusses ab zu laufen und wurde utiliter berechnet. l. 19 § 6 D. de aed. ed. (Hanausek II S. 332 ff bes. S. 336).

Wählte nun der Käufer die *actio redhibitoria* und erreichte ein ihm günstiges Urteil gegen den Verkäufer, so trat dadurch eine vollständige Wiederherstellung des früheren rechtlichen Zustandes unter den Parteien ein, gleich als ob kein Kaufgeschäft zwischen ihnen geschlossen worden wäre. So heisst es wenigstens in l. 60 D. de aed. ed.: *facta redhibitione omnia in integrum restituntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit.*

Gleichwohl hat sich in der Wissenschaft eine einheitliche Definition der Redhibition nicht herausgebildet. Es wird allerdings im allgemeinen übereinstimmend als Zweck der Klage „Auflösung des Geschäfts“ angegeben, aber mit diesem allgemeinen Ausdruck ist eine nähere Erläuterung des Begriffs *redhibitio* nicht gegeben.

Während die einen der Ansicht sind, dass die *actio redhibitoria* hauptsächlich auf Rückgabe des Kaufpreises und — setzen manche hinzu — auf Rücknahme der Sache gerichtet sei, lehren andere, dass sie auf Auflösung des Kaufkontrakts und beiderseitige Rückleistung gehe (Sohm, Institutionen S. 303). Hanausek (S. 136) wieder sieht in der *Redhibitio* entgegen der allgemeinen Ansicht — besonders der Ansicht Windscheids (S. 644 und Anm. 2) und Iherings (Dogmat. Jahrb. V S. 17), welch letzterer die *actio redhibitoria* als *actio* auf das sogenannte negative Interesse ansieht — eine *Resolutio* des Kaufes *ex nunc* nicht eine *Resolutio ex tunc*.

Als richtig dürfte die Ansicht Windscheids (a. a. O. § 394 No. 2 S. 644) anzusehen sein, dass es Zweck der actio redhibitoria sei, beide Parteien in denselben Zustand zurückzusetzen, in denen sie sein würden, wenn der Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre.

Dafür spricht auch l. 23 § 1 D. de aed. ed.:

Iubent aediles ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset.

In der Regel wurde im römischen Recht Redhibition im Wege der Klage verlangt. Der Wortlaut der betreffenden Klageformeln ist uns durch die Quellen nicht überliefert worden. Doch sind dieselben aus einzelnen in den Quellen enthaltenen Bruchstücken konstruiert worden (vergl. Lenel a. a. O. S. 437 f.). Aus zahlreichen Stellen, insbesondere aus l. 45 D. de aed. ed. ist mit Sicherheit zu entnehmen, dass die redhibitorische Klage insbesondere gerichtet war auf Rückgabe des gezahlten Kaufpreises nebst Accessionen, eventuell auf Liberierung von der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises.

Diesen Verpflichtungen des Verkäufers gegenüber hatte der die Klage geltend machende Käufer seinem Gegner die Kaufsache nebst Akzessionen zurückzuerstatten und auch eine eventuelle schuldhaftige Wertminderung zu ersetzen. (Vergl. Unterholzner a. a. O. S. 91 ff.).

Diese Verpflichtungen des Käufers wurden in dem Urteil jedoch nicht ausgesprochen, denn eine Verurteilung Zug um Zug war dem Wesen des römischen Prozesses fremd. Daher musste der Käuferkläger zunächst seiner Rückleistungspflicht nachkommen, bevor das den Verkäufer verurteilende Erkenntnis gefällt werden konnte. (l. 25 § 10 D. de aed. ed.). Später jedoch genügte es — l. 26 § 6 D. h. t. — wenn der Käufer statt vorzuleisten dem Verkäufer dafür kavierte, dass er, falls die Rückzahlung des Kaufpreises an ihn innerhalb einer bestimmten Zeit erfolge, die Kaufsache nebst Zubehör zurückgeben werde.

„So führte im Ergebnis die formell unbedingte Kondemnation zusammen mit der Verpflichtung des Käufers wohl regelmässig zur Erfüllung Zug um Zug“. (Hanausek a. a. O. S. 28.)

Abgesehen von dieser klagweisen Durchführung der Wandelung war es natürlich auch nach römischem Recht dem Verkäufer unbenommen, auf die Erklärung des Käufers hin, redhibieren zu wollen, mit dem Käufer in Verhandlungen zu treten und einen Vertrag, einen Ausgleich im weitesten Sinne, wie Hanausek a. a. O. S. 170 Bd. I sagt, zu schliessen. Es konnte in diesem Falle unter Umständen zweifelhaft sein, ob der Käufer, falls der Verkäufer sich weigerte die getroffenen Abmachungen zu erfüllen, auf die Klage auf Erfüllung beschränkt sei oder ob er die *actio redhibitoria* anstrengen oder gar zur *actio quanti minoris* übergeben könne. Die Entscheidung war Tatfrage.

Ausser der Klage konnte sich der Käufer zur Durchsetzung seines Rechtes auch einer Einrede bedienen.

Wenn nämlich der Kontrakt von seiten des Käufers noch nicht erfüllt war und der Verkäufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagte, konnte der Käufer, falls die Sache mangelhaft war, im Wege der Einrede die Bezahlung des Kaufgeldes ganz oder teilweise verweigern.

§ 3.

Entwicklungsgeschichte der Wandelungsparagrafen.

Die Grundsätze des justinianischen Rechts über die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache sind in die modernen Gesetzgebungen fast durchweg ohne erhebliche Änderungen übernommen worden. Auch die Redaktoren des B.G.B. schlossen sich, wenigstens was die Lehre von den Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht des Verkäufers und die aus dieser Pflicht entspringenden Rechte des Käufers anlangt, den im Verkehr bereits erprobten Grundsätzen des römischen Rechts durchweg an. Dagegen machten sich im Laufe der Beratungen der verschiedenen

Entwürfe zum B.G.B. Bedenken geltend, ob die Gestaltung des Wandelungsvollzuges, so wie sie im Anschluss an die römischrechtlichen und modernrechtlichen Bestimmungen in Aussicht genommen war, in das System des B.G.B. sich harmonisch eingliedern würde.

Soviel ich aus den Vorarbeiten zum B.G.B., insbesondere den Protokollen I. und II. Lesung erschen konnte, war es einzig und allein die Frage, ob die für die Geltendmachung der Rechte des Käufers zu bestimmende kurze Frist als Verjährungsfrist oder als Präklusivfrist zu gestalten sei, welche die Redaktoren veranlasste, eine von der bisherigen Gestaltung der Rechte des Käufers abweichende Regelung zu suchen. Denn nach einer für das Gesetzbuch schon damals in Aussicht genommenen und nachher auch in das B.G.B. als § 194 endgiltig aufgenommenen Bestimmung sollten nur Ansprüche, d. h. die Rechte, von einem Anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu fordern, der Verjährung unterliegen. Die in Aussicht genommene Gestaltung der erwähnten Frist als Verjährungsfrist musste somit notwendigerweise die Gestaltung der Rechte des wandelungsberechtigten Käufers als Ansprüche zur Folge haben. In Wirklichkeit war jedoch die Wandelung dem Rücktrittsrecht nachgebildet worden und da die Anspruchsnatur der aus dem Rücktritt entspringenden Rechte übereinstimmend verneint wurde, so lag die Annahme nahe, dass das Recht auf Wandelung ebenfalls nicht oder doch nicht stets einen Anspruch im Sinne des Entwurfs bzw. des B.G.B. darstelle.

Neben dieser Frage nach der Art und Weise der Gestaltung der Vollziehung der Wandelung harrete noch die bisher streitige Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts des Wandelungsvollzuges der Regelung.

Diese beiden Fragen sind in den Vorberatungen zum B.G.B. zum Gegenstand eingehender Besprechungen gemacht worden und verschiedentlich sind die über die Wandelung handelnden Paragraphen einer Abänderung unterworfen worden. Gleichwohl lassen die §§ 465 und 462 in ihrer

endgiltigen Fassung eine verschiedene Deutung zu. Die Litteratur hat sich auch bereits der Streitfrage bemächtigt und es haben sich zwei Theorien gebildet, deren nähere Erörterung ich mir vorbehalte.

Die Anhänger beider Theorien greifen bei der Verteidigung ihrer Ansichten auf die Vorarbeiten zurück. Daher scheint es angemessen, zunächst eine möglichst genaue Darstellung des Werdeganges der Paragraphen auf Grund der Materialien zum B.G.B. zu geben.

1. Die Vorlage des Redaktors und die Protokolle 1. Lesung.

Der Untersuchung lege ich die Vorlage des Redaktors zu Grunde, deren Bestimmungen in dieser Materie mit den Artikeln des Dresdner Entwurfs 167, 168 (Gewährleistung wegen Eviktion), Art. 178, 185 (Gewährleistung wegen Mängel der Sache) und Art. 195 (Verjährung der Ansprüche) in der juristischen Konstruktion völlig übereinstimmen.

Im Abschnitt I Titel 2 I 3 des allgemeinen Teils (I) des II. Buches behandelt der Redaktor die Rechte und Verpflichtungen aus Verträgen zunächst im allgemeinen, sodann bei Gewährleistung des veräusserten Rechts und schliesslich bei Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

In letzterer Hinsicht bestimmte die Vorlage, nachdem sie in den §§ 22 bis 24 die Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht des Veräusserers behandelt hatte, im § 25:

Ist die Haftung des Veräusserers nach Massgabe der §§ 22 bis 24 begründet, so kann der Erwerber nach seiner Wahl entweder die Aufhebung des Vertrages (Wandelung) oder Herabsetzung seiner Gegenleistung (Minderung) verlangen.

In dem § 30, der die Folgen der vollzogenen Wandelung behandelt, wird auf die in dem Abschnitt über die Gewährleistung des veräusserten Rechts stehenden und für diesen Fall die Folgen des aufgehobenen Vertrages regelnden §§ 16 und 17 Bezug genommen.

Für vorliegende Arbeit interessiert nur der § 17, der die Verpflichtungen des Veräußerers regelt, und zwar auch nur hauptsächlich infolge seines letzten Passus.

Der § lautet:

„Der Veräußerer hat im Falle der Aufhebung des Vertrages dem Erwerber die empfangene Gegenleistung zurückzugeben und denselben von den infolge des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien.“

Endlich sei noch der § 37 über die Verjährung erwähnt:

„Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung verjähren in Ansehung beweglicher Sachen innerhalb 5 Monaten, in Ansehung unbeweglicher Sachen innerhalb eines Jahres von dem Zeitpunkt an, wo die Sache dem Erwerber übergeben worden ist.“

Über die Ausübung der Wahl zwischen Wandelung und Minderung hatte die Vorlage keine Bestimmungen getroffen, auch die Vorschriften über die Alternativobligationen nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt, offenbar weil sie die Anwendung dieser Vorschriften auf die Ausübung der Wahl zwischen Wandelung und Minderung für selbstverständlich hielt.

Ein Vergleich dieser Bestimmungen der Vorlage des Redaktors mit den entsprechenden Bestimmungen des römischen Rechts lehrt, dass die Vorlage die Wandelungslehre nicht fortgebildet, vielmehr sich eng an das römische Recht in dieser Lehre angeschlossen hat. Es bietet daher die der Vorlage beigegebene Begründung auch keinerlei Gesichtspunkte, die für die vorliegende Arbeit von Interesse wären.

Höchstens wäre zu berücksichtigen, dass aus § 25 hervorgeht, dass die Vorlage Wandelung für gleichbedeutend mit Aufhebung des Vertrages erachtet und in der Begründung Seite 26, 27 (No. 20 der Vorlage) feststellt, dass die Klage auf Aufhebung des Vertrages den Zweck verfolge, den früheren Zustand unter den Parteien möglichst wiederherzustellen.

In den hiernach in Betracht kommenden Kommissionsberatungen über die in der Vorlage des Redaktors niedergelegten Bestimmungen haben die Vorschriften über den Wandelungsvollzug nur geringfügige Änderungen zum Teil redaktioneller Natur erfahren. Gleichwohl ist ein Eingehen auf die Protokolle notwendig, da sich in ihnen der Standpunkt der Kommission gegenüber der Gestaltung des Wandelungsvollzuges deutlich ausspricht und auch zum ersten Male die Vertragstheorie — wenn auch nur um sofort wieder zu verschwinden — auftaucht.

In der 90. Sitzung (Protokolle I. Lesung Seite 759) wurde zunächst — um das vorauszunehmen — beschlossen, den § 17 mit der Beschränkung anzunehmen, dass der Schluss des ersten Absatzes:

„und denselben von den infolge des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien“

gestrichen werden soll.

Hierbei ging man von der Erwägung aus, dass diese Bestimmung (abgesehen davon, dass sonst eine gleiche Bestimmung auch im § 16 aufzunehmen sein würde), überhaupt überflüssig geworden sei, da man in derselben Sitzung beschlossen hätte, eine prinzipielle Vorschrift in das Gesetz aufzunehmen, die zum Ausdruck bringen sollte, dass infolge der Wandelung die Parteien unter einander so berechtigt und verpflichtet wären, wie wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Der Redaktion sollte es überlassen werden, diese Vorschrift den §§ 16, 17 anzureihen oder eine entsprechende Vorschrift bei der Lehre vom vertragsmässigen Rücktrittsrecht aufzunehmen.

Im übrigen schien die Kommission noch zu schwanken ob das Wandelungsrecht als Rücktrittsrecht zu gestalten sei oder ob das Recht des Erwerbers auf Wandelung als Anspruch zu konstruieren sei.

In der 88. Sitzung (Seite 737 Protokolle I. Lesung) wurde wenigstens beschlossen, im § 25 statt: „kann Aufhebung des Vertrages verlangen“ zu setzen: „ist berechtigt, von dem Vertrage zurückzutreten“.

Am eingehendsten befasste sich die Kommission in der 92. Sitzung (Protokolle I. L. S. 775), in welcher der § 37 über die kurze Befristung des Wandelungsrechtes zur Beratung stand, mit der Frage, ob das Wandelungsrecht als Anspruch oder als Rücktrittsrecht aufzufassen sei.

Von Interesse für vorliegende Arbeit ist nur der Antrag 2.

In erster Linie verlangte dieser Antrag nämlich die Gestaltung der Frist für die Ausübung der Wandelung als Präklusivfrist. In zweiter Linie stellte das betreffende Kommissionsmitglied jedoch den Eventualantrag, die Frist als Verjährungsfrist zu normieren. Falls dieser eventuelle Antrag angenommen werden sollte, beantragte er weiter:

„den zu § 25 gefassten Beschluss (cf. oben), nach welchem dem Erwerber statt des Rechtes, die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, beigelegt ist, wieder aufzuheben, die Fassung des Entwurfes wieder herzustellen und zu Protokoll zu konstatieren, dass unter dem Rechte, die Aufhebung des Vertrages oder Herabsetzung der Gegenleistung zu verlangen, das Recht verstanden wird, die Abschliessung eines hierauf gerichteten Vertrages zu verlangen.“

An dieser Stelle, also bereits in den Protokollen I. Lesung, findet man zum ersten Male die Vertragskonstruktion erwähnt.

Das Kommissionsmitglied, das diesen Antrag stellte und somit als Begründer der in das B.G.B. übernommenen Konstruktion anzusehen ist, „verbesserte“ jedoch, wie in dem Protokoll zu lesen ist, den Antrag dahin, dass für den Fall der Annahme des Eventualantrages beantragt werde:

a) dem § 25 nunmehr folgende Fassung zu geben:

„Ist die Haftung des Veräusserers nach Massgabe der §§ 22 bis 24 begründet, so hat der Erwerber nach seiner Wahl entweder einen Anspruch auf Wandelung oder einen Anspruch auf Herabsetzung der Gegenleistung (Minderung).“

Des ferneren stellte er noch weitere Anträge zu § 30, die hier aber nur soweit interessieren, als in ihnen die Bestimmung zum Ausdruck gebracht wurde, dass der wandelnde Käufer das Recht habe, zu verlangen, dass er in diejenige Lage versetzt werde, in welcher er sein würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Ferner wurde in diesem Antrage unter anderen Verpflichtungen des Veräusserers auch die im citierten § 17 angeführte Pflicht des Veräusserers wiederholt, den Käufer von den infolge des Vertrags übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien.

In der 92. Sitzung, in der diese Anträge gestellt worden waren, wurde anscheinend nicht über sie verhandelt. Erst in der 93. Sitzung wurden sie — um ihr Schicksal vorauszunehmen — zur Beratung gestellt. Debattiert wurde aber nach dem Vermerk in den Protokollen Seite 788 f. nur über den oben angeführten „verbesserten Antrag a“ und über den Antrag b, den ich nicht, weil unerheblich für diese Arbeit, erwähnt habe. Die Debatte beschränkte sich lediglich auf die Frage, ob auch der Veräusserer seinerseits befugt sei, auf Ausführung der Wandelung zu bestehen. Der in Anregung gebrachten Vertragstheorie wurde in keiner Weise Erwähnung getan. Der Antrag a, der, wie es in den Protokollen heisst, hervorzuheben bezweckte, dass es sich bei der Wandelung und Minderung um einen wahren Anspruch handle, wurde abgelehnt, jedoch beschlossen, die zum § 25 beschlossene Vorschrift mit Nachsatz dahin zu fassen:

„Der Erwerber habe die Wahl, zu verlangen, entweder dass der Vertrag rückgängig gemacht (Wandelung) oder dass die Gegenforderung herabgesetzt werde (Minderung).“

Damit fanden diese Anträge ihre Erledigung.

Kehren wir nun zu der 92. Sitzung zurück, in der, wie schon erwähnt, die Frage debattiert wurde, ob die Frist für die Ausübung der Wandelung als Präklusivfrist oder als Verjährungsfrist zu gestalten sei.

Die Mehrheit entschied sich in dieser Sitzung

1. für die Annahme der Verjährungsfrist,
2. weiter für die zusätzliche Bestimmung:

„auch einredeweise können nach Ablauf der Frist von dem Erwerber die wegen der Mängel ihm zustehenden Rechte nicht mehr geltend gemacht werden.“

Die Gründe, die diese Beschlüsse veranlassten, sind in jeder Hinsicht interessant.

Man scheint nämlich gegen die Gestaltung der Frist als Verjährungsfrist insbesondere geltend gemacht zu haben, dass die dem Erwerber aus der Mangelhaftigkeit der Sache zustehenden Rechte keine oder doch wenigstens nicht stets Ansprüche seien, und dass dies besonders in dem Falle unzweifelhaft erscheine, wenn zwar der Veräusserer geleistet, der Erwerber jedoch seine Gegenleistung noch nicht bewirkt habe, er also von dem Veräusserer nichts zurückfordern könne.

Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder hielt jedoch diese Einwendungen nicht für stichhaltig und wehrte sich zunächst gegen die etwaige Absicht der Minderheit, die Frist als Präklusivfrist zu gestalten.

Die Mehrheit führte dieserhalb Seite 779 a. a. O. aus, dass die Gestaltung der in Frage stehenden Frist als Präklusivfrist eine bedenkliche Neuerung gegenüber dem im grössten Teil Deutschlands geltenden Recht sei, schon weil die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung auf die Präklusivfrist unanwendbar seien.

Erkläre man trotzdem durch eine positive Vorschrift die für die Anspruchsverjährung geltenden Rechtsnormen auf die Präklusivfrist für anwendbar, dann sei eben der Boden der Präklusivfrist verlassen.

Des weiteren wurde von der Mehrheit geltend gemacht, dass die Rechte des Erwerbers wohl als Ansprüche aufzufassen seien.

Unzweifelhaft sei dies in dem Fall, wenn sowohl der Veräusserer als auch der Erwerber seinerseits geleistet habe.

In diesem Falle stehe eben dem Erwerber ein Anspruch auf gänzliche oder teilweise Rückgewähr des von ihm Geleisteten zu. Es könne daher hinsichtlich dieses Anspruches in keiner Weise bezweifelt werden, dass es hinsichtlich dieses Anspruches sachgemäss und zweckdienlich sei, diesen Anspruch nicht an die kurze Präklusivfrist zu knüpfen, sondern einer kurzen Verjährung zu unterwerfen.

Dagegen gab die Kommissionsmehrheit zu, dass Schwierigkeiten entstünden, wenn zwar der Veräusserer aber noch nicht der Erwerber geleistet habe und dass in diesem Falle nach den für die Anspruchsverjährung beschlossenen Prinzipien die Auffassung naheliege, es fehle auf seiten des Erwerbers ein auf eine positive oder negative Leistung gerichteter Anspruch. Die Folge hiervon würde allerdings sein, dass die Verjährung ausgeschlossen sei und dies würde zu einem den praktischen Zweck der kurzen Verjährung gefährdenden Ergebnis führen. Daher konstatiert die Mehrheit Seite 781 a. a. O., dass dem Erwerber, von dem noch nicht geleistet sei, gleichwohl auch ein wirklicher und wahrer Anspruch zustehe, welcher seinem Wesen nach von demjenigen Anspruch, der ihm nach erfolgter Leistung zustehe, nicht verschieden sei.

Dieser dem Anfechtungsrecht verwandte Anspruch sei gerichtet auf gänzliche oder teilweise Befreiung von den durch den Vertrag für den Erwerber entstandenen Verpflichtungen. Habe der Erwerber noch nicht geleistet, so sei es jener Anspruch auf Befreiung, welcher der kurzen Verjährung unterliege. Die weiteren Beratungen kommen für vorliegende Arbeit nicht in Betracht.

Die in Frage kommenden Paragraphen erhielten auf Grund dieser Beratungen folgende Fassung und bilden den Entwurf I.

§ 383.

Ist die Haftung des Veräusserers nach den §§ 378, 379 begründet, so kann der Erwerber nach seiner Wahl ver-

langen, dass der Vertrag rückgängig gemacht (Wandelung) oder dass die Gegenleistung herabgesetzt werde (Minderung).

§ 384.

Auf die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und dem Rechte der Minderung finden die Vorschriften der §§ 207, 208 entsprechende Anwendung. (Der Absatz 2 dieses Paragraphen kommt nicht in Betracht, zumal er schon bei der ersten Lesung gestrichen wurde.)

Die §§ 207 und 208 besagen: „Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem wahlberechtigten Teile gegenüber dem anderen Teile erklärt worden ist.

Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich.

§ 387.

(Über Anwendung der Vorschriften des Rücktrittsrechts.)

§ 397.

Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung unterliegen in Ansehung beweglicher Sachen einer Verjährung von 6 Monaten, in Ansehung unbeweglicher Sachen einer Verjährung von einem Jahr usw.

Eine nennenswerte Abweichung dieser Paragraphen des Entwurfes I, von den entsprechenden Paragraphen der Vorlage des Redaktors liegt nicht vor, wie schon erwähnt. Gleichwohl mussten sie zum Verständnis des folgenden unter ihrer neuen Paragraphenzahl angeführt werden.

Zu erwähnen ist noch, dass die dem Entwurf beigegebenen Motive zur Begründung der in Frage kommenden Paragraphen lediglich dasselbe anführen in gedrängterer Form, was ich aus den Sitzungsberichten über die Kommissionsberatungen entnommen habe (cfr. Motive zu § 397). Ein Eingehen auf die beigegebenen Motive erübrigt sich daher.

Der Vollständigkeit halber will ich nur noch an dieser Stelle erwähnen, dass die Motive zu § 387 in Übereinstimmung mit den Beschlüssen in der 90. Sitzung (cfr. Protokolle I. Lesung S. 753 ff.) konstatieren, dass das Recht der Wandelung wesentlich im Anschluss an die Vorschriften des vertragsmässigen Rücktrittsrechtes gestaltet worden sei,

wodurch ausgesprochen worden sei, dass die an die Wandelung sich knüpfenden Rechte und Pflichten der Parteien unmittelbar und nicht erst durch das sich anschliessende Rechtsgeschäft oder Urteil hervorgerufen und die Vertragsschliessenden untereinander obligatorisch so berechtigt und verpflichtet würden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre.

Das Ergebnis der Beratungen der ersten Kommission ist somit folgendermassen zu charakterisieren.

Die dem wandelungsberechtigten Käufer zustehenden Rechte sind im bewussten Gegensatz zum vertragsmässigen Rücktritt als Ansprüche aufzufassen und einer kurzen Verjährung zu unterwerfen und zwar geht der dem wandelnden Käufer zustehende Anspruch in dem Falle, dass er noch nicht geleistet hat, auf Befreiung von der durch den Kaufvertrag für ihn begründeten Verpflichtung auf Zahlung des Kaufpreises.

Um letzteres zum Ausdruck zu bringen, mag auch stets in den Protokollen für Wandelung der Ausdruck „Aufhebung des Vertrages“ und in dem Text des § 383 die Worte „Rückgängigmachung des Vertrages“ gewählt worden sein.

Das Hauptgewicht ist durch diese Fassung auf Beseitigung der durch den Kaufvertrag unter den Parteien erzeugten Obligationen gelegt worden und nicht, wie im endgiltigen § 462, auf Rückgängigmachung des Kaufs, d. h. im allgemeinen der Leistungen.

II. Die Protokolle II. Lesung.

Wie bekannt wurde auf Grund des Beschlusses des Bundesrats vom 4. Dezember 1890 der in erster Lesung festgestellte Entwurf eines B.G.B. einer zweiten Lesung unterworfen. Die hiermit betraute Kommission, bei deren Zusammensetzung auf möglichst gleichmässige Vertretung der Theorie und Praxis Rücksicht genommen worden ist, hat bei der Beratung der Gewährleistung wegen Mängel der Sache die Wandlungsparagraphen nochmals einer eingehenden Beratung unterzogen.

Um eine möglichst genaue Darstellung der Entwicklung der in Frage kommenden Paragraphen geben zu können, halte ich mich an die Reihenfolge der Sitzungen der Kommission.

In die Beratung des § 383 des Entwurfs I trat die Kommission in der 83. Sitzung (cf. Protokolle II Lesung S. 673), die für die Wandelungslehre eine der wichtigsten ist. Die Beratung in dieser Sitzung beschränkte sich allerdings nicht lediglich auf den § 383, es wurden vielmehr ihres engen Zusammenhanges wegen noch weitere Paragraphen in die Debatte gezogen, so die §§ 384 und 397. Letzterer Paragraph trat im Laufe der Verhandlung sogar in den Vordergrund.

Zu § 383 lagen 5 Änderungsanträge vor, deren Inhalt hier nur soweit interessiert, als drei von diesen Anträgen trotz der Beschlüsse der I. Kommission die Auffassung und Durchbildung des Wandelungsrechts als eines Rücktrittsrechts verlangten, während nur ein Antrag die Anspruchsnatur des Wandelungsrechts zum Ausdruck brachte, indem er die Annahme des § 383 mit einigen uns nicht interessierenden Änderungen empfahl.

Bis hierher lag noch kein Antrag im Sinne des endgiltigen § 465 B.G.B. vor, auch der Eventualantrag aus der 92. Sitzung der I. Kommission war nicht wieder erwähnt worden, wenigstens ist aus den Protokollen dies nicht zu ersehen.

Aus dem Protokoll ist aber so viel zu entnehmen, dass einige Anträge zur Geschäftsordnung gestellt wurden und es ist anzunehmen, dass hierbei der schon in der 92. Sitzung vorgebrachten Auffassung des Wandelungsanspruches als eines auf Abschluss eines Vertrages gerichteten Anspruchs Erwähnung getan worden ist.

Denn unvermutet lesen wir in den Protokollen, dass zur Geschäftsordnung beschlossen wurde:

„Die Beratung zunächst auf die Frage zu beschränken, ob im Falle der Haftung des Verkäufers nach den Grundsätzen der §§ 381, 382 dem Käufer das Recht zustehen solle,

durch eine einseitige dem Verkäufer gegenüber abzugebende Erklärung vom Vertrage zurückzutreten bezw. den Kaufpreis verhältnismässig zu mindern,
oder

ob ihm nur ein im Wege der Klage oder Einrede verfolgbarer Anspruch des Inhalts zu geben sei, dass der Verkäufer in die Wandelung oder Minderung einwillige“.

Zum zweitenmal sehen wir hier diese Konstruktion auftauchen cfr. Protokoll über die 92. Sitzung I. Lesung.

Im unmittelbaren Anschluss an diesen Beschluss zur Geschäftsordnung wurde weiterhin beschlossen:

„Dem § 397 (d. i. über Verjährung), soweit sich derselbe auf die im § 383 bezeichneten Rechte beziehe und den Charakter der Frist betreffe, mit zur Beratung zu stellen“.

Für diesen Beschluss war die Erwägung massgebend, dass mit der oben angeregten Frage, ob dem Käufer ein Anspruch oder ein einen Anspruch nicht erzeugendes Recht gegeben werden solle, die weitere Frage in engstem Zusammenhange stehe, ob die im § 397 zur Geltendmachung des Wandlungs- und Minderungsrechts bestimmte Frist als Verjährungs- oder als Präklusivfrist zu gestalten sei.

Von den zu dem § 397 gestellten Anträgen sprach sich nur einer für die Einführung der Präklusivfrist aus, während die übrigen für die Durchführung der Verjährung waren.

Das Resultat der Beratungen ist an die Spitze dieses Protokolls gesetzt und lautet:

Die Kommission beschloss:

„unter Ablehnung des den primären Anträgen 3 und 8a zu Grunde liegenden Prinzips (Rücktrittsrechts) die im § 383 bezeichneten Rechte als Ansprüche zu gestalten“.

Hierauf konstatierte der Vorsitzende ohne Widerspruch, dass sich hieraus auch die Annahme der vorgeschlagenen Begrenzung des Anspruchs durch eine sechsmonatige bezw.

einjährige Verjährungsfrist und die Perpetuierung der Einrede durch eine vor Ablauf der Verjährung erfolgende Anzeige des Mangels ergebe.

Aus den in dem Protokoll für und gegen die in obigem Beschluss ausgesprochene Konstruktion angeführten Gründen ist nicht viel zu erwähnen, zumal die Besprechung des § 397 in den Vordergrund gedrängt und fast ausschliesslich unter Ausserachtlassung der §§ 383, 384 debattiert wurde.

Von Interesse ist es zu konstatieren, dass die Minderheit bei der Bekämpfung der Anspruchstheorie der Mehrheit ebenso wie bei der I. Lesung lediglich den Fall in den Vordergrund drängte und im Auge hatte, dass der Käufer seinerseits den Kaufpreis noch nicht gezahlt habe.

Die Auffassung, dass das Recht der Wandelung in diesem Falle (wenn der Kaufpreis nicht gezahlt sei) ein Anspruch auf Befreiung von einer an sich zu Recht bestehenden Verbindlichkeit sei, so führen sie S. 677 aus, sei als Reminiszenz an das römische Recht in die meisten neueren Kodifikationen übergegangen, aber mit Unrecht, denn eine derartige Auffassung liege dem modernen Rechtsbewusstsein fern.

Nach dem *ius civile* habe allerdings der Verkäufer mit Abschluss des Kaufvertrages ein unanfechtbares Recht auf Gewährung des Kaufpreises erlangt und aus diesem Grunde sei von dem Käufer, selbst wenn die gekaufte Sache noch so mangelhaft, vielleicht völlig wertlos gewesen sei, doch stets der ganze Kaufpreis geschuldet worden.

Zur Beseitigung dieser offenbaren Unbilligkeit des starren *ius civile* hätten die Ädilen, da sie zur direkten Abänderung des Zivilrechts nicht befugt gewesen seien, dem Käufer eine *actio* gegeben, mit deren Hilfe er den Verkäufer nötigen konnte, von seinem Rechte auf Zahlung des ganzen Kaufpreises sei es ganz, sei es teilweise Abstand zu nehmen.

Daraus nun für den Käufer das Recht zu entwickeln, den Verkäufer anzuhalten, in die Aufhebung oder Änderung

des Vertrages zu willigen, entspreche nicht der heutigen Rechtsanschauung, die in der Mängelhaftung des Verkäufers eine materielle Abschwächung der Gebundenheit sehe, welche für den Käufer mit dem Abschluss des Kaufvertrages herbeigeführt werde.

Infolgedessen verbinde die heutige Rechtsanschauung mit dem Abschluss des Kaufvertrages von vornherein den Sinn, dass die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises abhängig sei von der Fehlerfreiheit der gekauften Sache (d. h. bei Mangelhaftigkeit der Sache schulde der Käufer überhaupt nicht den ganzen Kaufpreis, sondern nur eine entsprechende Quote desselben, die eventuell gleich Null werden könnte).

Die Minderheit der Kommission kommt daher zu dem Ergebnis, dass für die Kodifikation des bürgerlichen Rechts nicht das bestehende Recht, sondern lediglich die Frage ausschlaggebend sei, welche der in der Kommission vorgeschlagenen Rechtsformen sich harmonischer in das zu Grunde gelegte System einfüge und den materiellen Interessen sowohl des Käufers als auch des Verkäufers am meisten gerecht werde, und das sei eben die Gestaltung des Wandelungsrechts als Rücktrittsrecht.

Die diesen Ausführungen der Minderheit entgegengestellten Erwägungen der Mehrheit enthalten nicht sowohl eine Widerlegung, als vielmehr eine nochmalige Darlegung ihrer Ansicht.

Sie stellt (Protokolle II. Lesung S. 679) fest, dass in dem geltenden Recht die Frist für die Geltendmachung der im § 383 bezeichneten Rechte nicht als Präklusivfrist, sondern als Verjährungsfrist behandelt ist und führt aus, dass eine Abweichung von den für diese Materie im geltenden Recht bestehenden Grundsätzen nur dann gerechtfertigt sein würde, wenn entweder die im § 383 bezeichneten Rechte nach dem System des Entwurfs nicht als Ansprüche aufgefasst werden könnten, oder nachgewiesen werde, dass das bestehende Recht zu praktischen Unzuträglichkeiten geführt hätte. Beide Voraussetzungen seien jedoch nicht gegeben.

Dieser Erwägungen ungeachtet, scheinen doch auch in der Kommissionsmehrheit Bedenken darüber entstanden zu sein, ob nach der Fassung des Entwurfs die Anspruchsnatur der Rechte des Käufers im Hinblick auf das vom Entwurf aufgestellte System der Anspruchsverjährung (cfr. § 194 B.G.B.) tatsächlich völlig unanfechtbar sei und daher allgemein werde anzuerkennen sein.

Zu diesem Bedenken hat wahrscheinlich, ebenso wie in der I. Beratung (cfr. Protokoll I. Lesung 92. Sitzung), die Berücksichtigung des Falles, dass der wandelnde Käufer seinerseits noch nicht geleistet hat, Anlass gegeben. Auch scheint die Auffassung dieses Falles seitens der I. Kommission als ein Anspruch auf Befreiung von den durch den Vertrag für den Käufer entstandenen Verpflichtungen nicht gebilligt worden zu sein, denn ihrer ist wenigstens ausweislich der Protokolle bei den Debatten keine Erwähnung getan worden.

Vielmehr ist unmittelbar im Anschluss an die vorher erwähnten Ausführungen der Kommissionsmehrheit folgendes gesagt:

„Man könne das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, dass der Mangel den Käufer berechtige, die Aufhebung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises durch einen darauf gerichteten Vertrag von dem Verkäufer zu verlangen. Weigere sich der Verkäufer einen solchen Vertrag einzugehen, so könne er darauf verklagt werden und werde durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der Zivilprozess-Ordnung seine Einwilligung ersetzt. Als Folge der Aufhebung des Kaufes ergebe sich dann von selbst das Recht des Käufers, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern und, falls er bereits bezahlt habe, das Gezahlte zurückzufordern, wobei er sich dann freilich seinerseits zur Herausgabe der erhaltenen Sache er bieten müsse. Von selbst verstehe es sich, dass er diese Ansprüche zugleich mit dem zu Grunde liegenden Anspruch auf Aufhebung oder Änderung des Kaufes geltend machen könne. Bei dieser Konstruktion ergebe sich, dass immer

ein Anspruch im Sinne des Entwurfes vorhanden, der Anspruch aber der Verjährung unterworfen sei.“

Die weiteren Gründe befassen sich nur noch mit der Frage, welche praktischen Vorteile eine kurze Verjährungsfrist gegenüber einer kurzen Präklusivfrist im vorliegenden Falle bietet. Zum Schluss wurde sodann noch die Perpetuierung der Einrede begründet. Für die Gestaltung des Wandelungsvollzuges bietet das Protokoll über die 83. Sitzung somit keine weitere Ausbeute.

Ich unterbreche hier die Darstellung der Entwicklungsgeschichte des Wandelungsvollzuges, um auf Grund der Kommissionsbeschlüsse in der 83. Sitzung die nunmehrige Gestaltung des § 383 uns zu vergegenwärtigen.

In den Sitzungsprotokollen ist der betreffende Paragraph nicht formuliert worden; es sind, wie wir sahen, nur die für seine Gestaltung massgebenden Gesichtspunkte angegeben worden. Wollen wir nun diesen Paragraph gemäss dem Kommissionsbeschluss vom 2. Februar 1892 rekonstruieren, so müssen wir von dem Antrage 1 der 83. Sitzung ausgehen. Denn dieser ist der einzige von den damals gestellten Anträgen, der mit dem Kommissionsbeschluss in dem Bestreben übereinstimmt, den Rechten aus § 383 Anspruchsnatur beizulegen.

Er bezweckte nämlich, die §§ 383, 348 durch folgende Vorschriften zu ersetzen:

§ c.

„Im Falle der Haftung des Verkäufers kann der Käufer nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.

Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt worden ist.

Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich.“

Dass dieser Antrag tatsächlich die Anspruchsnatur der Rechte aus § 383 zur Grundlage hat, sagen die Protokolle Seite 676.

„Der Entwurf und der Antrag 1 haben sich für die Verjährung entschieden und, um die Anwendung der Vorschriften über die Verjährung zu ermöglichen, das Recht der Wandelung oder Minderung als Anspruch konstruiert.“

Bei den Beratungen wurde wie schon erwähnt beschlossen, die Beratung zunächst auf die Frage zu beschränken, ob im Falle der Haftung des Verkäufers dem Käufer das Rücktrittsrecht oder

ein Anspruch des Inhalts zu geben sei, dass der Verkäufer in die Wandelung oder Minderung einwillige.

Im letzteren Sinne wurde die Streitfrage gelöst. Ändern wir demgemäss den Abs. 1 des Antrags 1, so lautet er etwa folgendermassen:

„Im Falle der Haftung des Verkäufers kann der Käufer nach seiner Wahl verlangen, entweder, dass der Verkäufer in die Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder in die Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) einwillige.“

Absatz 2 und 3 sind nicht zu ändern, da ihre Beratung ausgesetzt wurde.

Einen derartigen prägnanten Ausdruck wie oben hat die von der Kommission angestrebte Konstruktion des Wandelungsvollzuges im B.G.B. nicht erhalten.

Wir werden im Verlauf dieser Arbeit daraus noch unsere Schlüsse ziehen können.

Vorerst kehren wir wieder zu dem Verlauf der weiteren Beratungen zurück, die sich mit der Lehre von dem Wandelungsvollzuge befasst haben.

In der 84. Sitzung (Seite 685 der Protokolle II. Lesung) stand der § 384 zur Beratung:

„Auf die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und dem Rechte der Minderung finden die Vorschriften der §§ 208, 209 entsprechende Anwendung.“

Die Kommission lehnte den Antrag der Minderheit, diesen Paragraphen überhaupt zu streichen, ab, und stimmte

dem vom Entwurf sachlich nicht abweichenden Antrag No. 1 bei, der lautete:

„Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt worden ist. Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich.“

Die Kommissionsminderheit wendete zwar gegen diesen Beschluss (Seite 685) meines Erachtens mit Recht ein, dass diese Vorschrift sachlich nicht für das hier in Frage kommende Rechtsverhältnis passe. Denn gehe man davon aus, dass der Käufer ein Recht habe, von dem Verkäufer zu verlangen, dass dieser einen Vertrag auf Wandelung oder Minderung abschliesse, so lasse sich nicht absehen, weshalb der Käufer auch dann an seine Erklärung gebunden sein solle, wenn der Verkäufer die gestellte Offerte abgelehnt habe.

Daher befürwortete die Kommissionsminderheit die Streichung dieses Paragraphen überhaupt.

Die Kommissionsmehrheit entschied sich jedoch für den Paragraph in obiger Fassung, da ein Rechtssatz über die Wirkung der Ausübung des Wahlrechts des Käufers zwischen Wandelung und Minderung in das B.G.B. aufgenommen werden müsse, um über diese im Leben so bedeutsame Frage nicht Zweifel übrig zu lassen.

Danach stand dem Käufer das *ius variandi* nicht zu, er war vielmehr an seine einmal abgegebene Erklärung gebunden!

Eine offenbar unbillige Vorschrift!

Die Kommission trat aus diesem Grunde in der 88. Sitzung am 9. Februar 1892 (Prot. II. Lesung Seite 708) noch einmal in die Beratung des § 384 ein. Zweck dieser Beratung war also nur, die Ausübung des Wahlrechts des Käufers zwischen den ihm im § 383 gewährten Rechten zu regeln.

Von den Anträgen interessiert nur der Antrag 1 und von dem Antrag 2 Absatz 1 und Antrag 3.

Sie lauten (Protokolle II. Les. Seite 699b):

1. das Recht des Käufers, statt der verlangten Wandelung die Minderung oder statt dieser die Wandelung zu verlangen, oder statt der verlangten Wandelung oder Minderung bei dem Vertrage stehen zu bleiben, wird erst dadurch ausgeschlossen, dass der Verkäufer sich mit der Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt hat.
2. a) Den Absatz 2 des § c (Seite 29) zu streichen und als § c 1 folgende Vorschrift aufzunehmen:

Die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, dass der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat, oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist.

3. In dem unter 2 vorgeschlagenen § c 1 dem Absatz 1 hinzuzufügen:

Bis dahin ist der Käufer an eine von ihm erklärte Wahl zwischen Wandelung und Minderung und dem Anspruch auf Erfüllung des Vertrages nicht gebunden.

Der Antrag 1 wurde zwar zu gunsten des nach dem Unterantrage 3 abzuändernden Antrags 2 a zurückgezogen, gleichwohl habe ich ihn angeführt, weil gerade er (cf. Prot. Seite 699) den Anstoss zu dieser Beratung gab und offensichtlich zeigt, dass der zu fassende Paragraph nur den Zweck haben sollte, den Zeitpunkt des Ausschlusses des Wahlrechts auf seiten des wandelungsberechtigten Käufers festzustellen.

Der Grund, warum dieser Antrag, der über seinen Zweck keinerlei Zweifel aufkommen liess, zurückgezogen worden ist, ist aus den Protokollen nicht ersichtlich. Ich nehme an, dass der Antragsteller die Fassung des Antrages 2 a für besser hielt und deshalb seinen etwas schwerfälliger gefassten, aber sonst mit Antrag 2 a völlig übereinstimmenden Antrag zurückgezogen hat.

Die Kommission nahm den Antrag zu 2a Abs. 1 mit der unter 3 empfohlenen Änderung sachlich an.

Darüber, dass der zu § 384 in der 84. Sitzung gefasste Beschluss im Sinne des Antrages 1 abzuändern sei, herrschte volles Einverständnis. (cfr. Prot. Seite 709).

Die Kommission ging von der Erwägung aus, dem Käufer das *ius variandi* zu geben, sei durch das Interesse des Käufers dringend geboten, wenn z. B. nach der Erklärung wandeln zu wollen Umstände eintreten, welche die Wandelung (z. B. Konkurs des Verkäufers) unvorteilhaft oder nach § 430 des Entwurfs unmöglich machten.

Ferner erwog die Kommission, dass es auch nicht der dem Entwurf zugrunde liegenden Auffassung entspreche, nach welcher in dem Begehren der Wandelung ein Antrag des Käufers zum Abschluss eines auf Aufhebung des Kaufes gerichteten Vertrages liege, wenn man den Käufer trotz nicht erfolgter Annahme des Antrags von seiten des Verkäufers für gebunden erkläre.

Hätte diese oben erwähnte Konstruktion des Wandelungsverlangens tatsächlich einen unzweifelhaften Ausdruck gefunden, dann wäre meines Erachtens der § 384 überflüssig gewesen, da der Entwurf doch das Wandelungsverlangen als Vertragsanerbieten konstruiert hatte und die Anwendung der diesbezüglichen Paragraphen über Annahme eines Vertragsanerbietens (§ 145 B.G.B. ff.) zu demselben Resultat geführt hätten.

Eine ähnliche Ansicht mag wohl auch in der Kommissionsberatung geltend gemacht worden sein, denn in den Gründen des Protokolls wird ausdrücklich, gleichsam zur Entschuldigung dieser Ausführlichkeit, weiter angeführt:

„Dem Absatz 1 (Seite 709/710) lag der Gedanke zu Grunde, es sei notwendig, im Gesetz deutlich auszusprechen, wann die Wandelung und Minderung vollzogen sei, wie der Entwurf ähnliche Bestimmungen für die Wahl bei der alternativen Obligation, der Aufrechnung, dem Rücktritt vom Vertrage enthalte. Das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen

Fingerzeig über die ihm zugrunde liegende Konstruktion geben.“

Im Anschluss an diese Erwägungen wird noch einmal die von dem Entwurf der Wandelung gegebene Konstruktion hervorgehoben und zwar sehr genau.

„Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandelung nicht als das Recht, durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes, die Annahme des auf diesen gerichteten Vertragsantrages verlangen könne. Die Wandelung sei mithin vollzogen mit der Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers oder der diese ersetzenden Verurteilung desselben. Es empfehle sich, letztere neben der Erklärung des Einverständnisses besonders zu erwähnen, weil die Erklärung nach der Zivilprozess-Ordnung § 779 nur durch ein zur Abgabe derselben verurteilendes Erkenntnis ersetzt werde, während davon auszugehen sei, dass die Klage des Käufers und das ergehende Urteil nicht gerade auf die Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises gerichtet sein müsse.“

Zum Schluss will ich noch folgende Notiz in den Protokollen erwähnen:

„der Vorschlag des Absatz 1 im Antrage 2 wurde von keiner Seite sachlich beanstandet. Von mehreren Seiten wurde auch die Auffassung des Antragstellers von der dem Entwurf zugrunde liegenden Konstruktion des Rechtes auf Wandelung oder Minderung als zutreffend anerkannt. Von einem Mitglied wurde gegen die Richtigkeit dieser Auffassung Widerspruch erhoben“.

Hiermit hatte die Beratung der Wandelungsparagrafen ihr Ende erreicht.

Der Entwurf wurde zwar noch einmal vom 6. Mai bis 19. Juni 1895 einer Revision unterzogen. Wie jedoch aus dem 414. Protokoll (cf. lith. Protok. S. 8421 ff.) und dem

415. Protokoll S. 8447 ff. hervorgeht, wurde hierbei nur über den Absatz 2 des § 402 des Entwurfs debattiert. Die für diese Arbeit in Betracht kommenden Paragraphen wurden nicht berührt.

Das Resultat der Beratungen war die Neufassung der Paragraphen, die in folgender Form und unter folgender Bezeichnung dem Entwurf II eingereicht wurden.

§ 399.

Wegen eines Mangels, welchen der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 397, 398 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufs (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.

§ 402.

Die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich mit der von dem Käufer verlangten Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt hat, oder rechtskräftig dazu verurteilt ist.

Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel, so kann der Verkäufer den Käufer unter Bestimmung einer angemessenen Frist usw.

Bis zur Vollziehung der Wandelung oder Minderung kann der Käufer die getroffene Wahl ändern oder bei dem Vertrage stehen bleiben.

§ 403.

Mit der Vollziehung der Wandelung erlöschen die beiderseitigen Verbindlichkeiten aus dem Vertrage, beide Teile sind verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften usw.

§ 413.

Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung, sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in 6 Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken

in 1 Jahr von der Übergabe ab. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden usw. Abs. 2, Abs. 3.

III. Das Schicksal der Wandelungsparagraphen in der Redaktionskommission und in den Beratungen des Reichstages.

Hiermit haben die wesentlichen Änderungen an diesen Paragraphen aufgehört.

In dem Entwurfe II. Lesung, wie er dem Reichstage vorgelegt wurde, ist nur die Paragraphenzahl geändert worden.

Der § 399 war als § 456 unverändert stehen geblieben. Der § 402 hatte als nunmehriger § 459 wahrscheinlich von der Redaktionskommission — denn ein Grund hierfür ist nirgends ersichtlich — eine Verkürzung insofern erhalten, als der Passus: „oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist“, weggefallen ist. Ausserdem ist noch der Absatz 3 des § 402 und der erste Satz des § 403 in Wegfall gekommen.

In den Beratungen des Reichstages, sowohl in der I. wie in der II., wurden an obigen Paragraphen ebenfalls keine Änderungen mehr vorgenommen (cfr. Bericht über den Entwurf eines B.G.B. in Verbindung mit dem Entwurf eines Einführungsgesetzes zum B.G.B.).

(Reichstag 9. Legislatur-Periode IV. Sektion 1895/96 S. 66 und S. 2777.)

Bemerkt sei noch, dass die dem Entwurf II beigegebene Denkschrift in betreff der Wandelungsparagraphen nichts Erwähnenswertes enthält.

(cfr. Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich S. 60 ff.)

Hiermit haben wir die Entstehungsgeschichte der für diese Arbeit in Betracht kommenden Paragraphen, soweit die Materialien zugänglich waren, gegeben. Zweck dieses Paragraphen war nur, ein möglichst objektives Bild der Entstehungsgeschichte zu geben, ohne irgend welche der weiteren Abhandlung vorgreifende Folgerungen und Erwägungen anzustellen.

§ 4.

Die Theorien über den Wandelungsvollzug.

Auf Grund der Bestimmungen des B.G.B. über die Wandelung, insbesondere auf Grund des § 465 hat sich die Vertragstheorie gebildet. Die Vertreter derselben, die grosse Mehrzahl der Kommentatoren des B.G.B., Planck, Staudinger, Oertmann, Scherer, ferner auch Dernburg in seinem Lehrbuch Bd. II S. 57 ff., Kühlenbeck (das B.G.B. für das Deutsche Reich zu § 465), Endemann (Lehrbuch des bürgerlichen Rechts § 161), Schollmeyer (das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 15 ff.), Kloss im Sächsischen Archiv Bd. 9 S. 273 ff., Emerich (Kauf und Werklieferungsvertrag nach B.G.B. S. 73), Kipp in Windscheids Pandektenlehrbuch Bd. 2 S. 656 usw. stellen, gestützt auf § 465 und besonders die Protokolle zweiter Lesung den Grundsatz auf: Die Wandelung kann nur durch Vertrag vollzogen werden, sowohl aussergerichtlich als gerichtlich.

Danach muss der Käufer, sobald der Verkäufer sich weigert, auf den angebotenen Vertrag einzugehen, zunächst eine Klage auf Erklärung des Einverständnisses mit dem Wandelungsverlangen gegen den Verkäufer anstrengen. Die Wandelung ist dann — wenn der Verkäufer sich nicht freiwillig mit der Wandelung einverstanden erklärt hat — vollzogen mit Eintritt der Rechtskraft des ihn zur Abgabe der Willenserklärung verurteilenden Erkenntnisses. Erst nachdem dieses Erkenntnis die Rechtskraft erlangt hat, also unter Umständen erst, nachdem die Klage infolge der von dem beklagten Verkäufer eingelegten Berufung bzw. Revision durch drei Instanzen getrieben worden ist, kann dann der Käufer, falls der Verkäufer sich weiterhin weigert, den Kaufpreis zurückzugeben, die ihm im § 467 gegebenen Rechte in einer neuen, vielleicht wieder durch drei Instanzen gehenden Klage geltend machen.

Die Anhänger dieser Theorie haben in der Erkenntnis, dass durch strenge Durchführung dieser Konstruktion die Verwirklichung der Rechte des Käufers in einer den Käufer

oft schädigenden und daher für die Praxis sehr ungünstigen Weise verzögern würde, die Verbindung der Klage auf Einwilligung (der Klage auf Wandelung) mit der Klage auf Rückgabe des Geleisteten (Klage aus der Wandelung) für zulässig erklärt, teils in Übereinstimmung mit den Protokollen ganz allgemein, teils unter Berufung auf § 259 Z.P.O., da fast stets in einem solchen Falle die Besorgnis gerechtfertigt sei, dass der Verkäufer sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. (cfr. Kühlenbeck von den Pandekten zum B.G.B. S. 260.)

Die Gegner dieser Theorie, Eccius, Lobe, Fischer, letzterer in seiner Handausgabe des B.G.B. dritte Auflage Anm. zu § 465, ferner Leonhard in Ecks Vorträgen über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. I S. 451 Anm. 3 dagegen vertreten die Ansicht, dass die Vorschriften des B.G.B. nicht zu den von der Vertragstheorie aufgestellten Grundsätzen zwingen. Vielmehr könne danach der Käufer und das ist gerade für den Fall der gerichtlichen Vollziehung der Wandelung — dem weitaus häufigsten Falle — von Wichtigkeit, auch ohne Abschluss eines Wandelungsvertrages direkt wie im bisherigen Recht auf Rückgewähr der Leistungen klagen. Nach dieser Theorie soll somit die aussergerichtliche Vollziehung der Wandelung durch Vertragsschluss und die gerichtliche wie im bisherigen Recht vor sich gehen.

Ihre Begründung verdankt diese Theorie dem Bestreben, die praktischen Unzuträglichkeiten, welche die Durchführung der Vertragstheorie zur Folge hat, zu beseitigen.

Nur aus diesem Gesichtspunkte heraus haben die Vertreter diese Theorie nach einer anderweiten Auslegung des Gesetzes gesucht.

Die Anhänger dieser Theorie behaupten, dass der § 465 nicht die Frage beantworte, wie die Wandelung vollzogen werde, sondern lediglich die Frage regele, wann die Wandelung vollzogen sei. Dies gehe aus dem Wortlaut hervor. Sollte der § 465 die Art und Weise der Vollziehung der

Wandelung regeln, dann hätte der Paragraph mindestens die Fassung erhalten müssen:

„Die Wandelung wird dadurch vollzogen, dass...“

Aus dem abweichenden Wortlaut des Gesetzes ergebe sich aber zweierlei. Aus dem „ist vollzogen“ statt „wird vollzogen“ folge, dass das Gesetz nur darauf abziele, einen Zeitpunkt festzusetzen, in welchem dem Käufer das Recht abgeschnitten ist, von dem Wandlungsverlangen wieder abzugehen.

Aus dem Gebrauch des eine Bedingung oder im § 465 vielleicht einen Zeitpunkt andeutenden „wenn“ gehe hervor, dass das Gesetz nur das eine zum Ausdruck gebracht habe, dass die Wandelung auch durch einen Wandlungsvertrag in Vollzug gesetzt werden könne und dann bereits mit der Willenseinigung, nicht erst mit der Vollführung dessen, was danach geschehen soll, vollzogen sei.

Eccius, dessen Abhandlung in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 305 ff. (die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem B.G.B.) ich vorstehende Begründung entnehme, giebt S. 325 weiterhin zu, dass es zwar keiner Vorschrift des Gesetzes bedurft hätte, um klarzustellen, dass ein den Kauf aufhebender Vertrag die Sache endgiltig regele.

Aber er begründet seine Auslegung des § 465 damit, dass es der Kommission bei der Fassung des § 465 hauptsächlich darauf angekommen sei, klarzustellen, dass das Wahlrecht des Käufers nicht schon durch dessen Verlangen nach Wandelung, sondern frühestens — abgesehen von der selbstverständlich das Wahlrecht beseitigenden Annahme der Rückleistung — durch einen Vertragsschluss beseitigt werde.

Lobe im sächsischen Archiv Bd. 9 S. 116 kommt in seinem Aufsatz über die Vorschriften des B.G.B. über die Wandelung und ihre praktische Bedeutung zu derselben Ansicht hinsichtlich des Wandlungsvollzuges im allgemeinen und der Auslegung des § 465 im besonderen.

In letzterer Hinsicht kommt er auf Grund der nach seiner Ansicht sprachlich sehr ungenauen Vorschrift des

§ 465 zu dem Ergebnis: „Zum mindesten geht aus § 465 nicht hervor, selbst wenn man im Abschluss eines Aufhebungsvertrages einen Vollzug der Wandelung selbst erblicken wollte, dass dieser Wandelungsvollzug nur durch den Abschluss eines solchen Vertrages erfolgen könne.“

Er führt an jener Stelle aus, dass nach der Fassung des § 465 die Erklärung des Einverständnisses mit der Rückgängigmachung die Vollziehung der Rückgängigmachung selbst sei, mit anderen Worten, dass die Einverständniserklärung damit, dass etwas geschieht, das Geschehene selbst sei. Das sei aber ein Widersinn, denn das Zustimmung zum redhibere könne unmöglich das redhibere selbst sein.

So richtig diese Folgerung ist und für den Normalfall der Wandelung — wenn beide Teile bereits geleistet haben — gelten mag, so sind doch auch Fälle möglich, in denen tatsächlich die Erklärung des Einverständnisses mit der Rückgängigmachung die Vollziehung der Rückgängigmachung selbst ist. Das ist dann der Fall, wenn der Verkäufer bereits erfüllt, der Käufer aber noch nicht seine Gegenleistung bewirkt hat. Dann kann der wandelnde Käufer nur Befreiung von der durch den Kaufvertrag für ihn begründeten Verpflichtung zur Bewirkung der Gegenleistung verlangen. In diesem Fall ist dann mit der Abgabe der Einverständniserklärung die Wandelung vollzogen. Wie schon vorher erwähnt, geht aus den Protokollen hervor, dass gerade mit Rücksicht auf diesen Fall die Neuregelung der Wandelung erfolgt ist.

Betrachtet man die beiden Theorien von dem Gesichtspunkt, welche von beiden die prozessuale Durchführung der Wandelung in der Praxis erleichtert und beschleunigt, so ist unzweifelhaft der Rückleistungstheorie, der Auslegung des Gesetzes, dass wie im bisherigen Recht unmittelbar — ohne vorherigen Abschluss eines Wandelungsvertrages — auf Rückgewähr der Leistungen geklagt werden kann, der Vorzug zu geben, denn die Anwendung dieser Theorie ermöglicht es dem Käuferkläger mittels einer einzigen Klage

zum Ziel zu kommen, während die Vertragstheorie ihn zur Anstrengung zweier Klagen nötigt.

Dieser Vorteil der Rückleistungstheorie kommt besonders in Betracht, wenn man gegenüber der Vertragstheorie die Meinung vertritt, dass die Verbindung der von der Vertragstheorie geforderten beiden Klagen, der Klage auf Wandelung und der Klage aus der Wandelung, unzulässig ist.

Aber auch selbst in dem Fall, dass man sich auf den weiteren Standpunkt der Vertragstheorie stellend, die Verbindung dieser beiden Klagen in eine Klage für zulässig hält, hat doch das sonach zur Abgabe einer Willenserklärung und gleichzeitig zur Rückleistung verurteilende Erkenntnis den grossen Nachteil, dass es nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, oder vielmehr, dass diese Erklärung: das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, keinen praktischen Wert für den Kläger hat. Denn diese Erklärung würde nur bezüglich der Kosten Geltung haben. Für den Anspruch auf Rückgewähr bleibt in diesem Falle stets Voraussetzung, die Abgabe der Zustimmungserklärung zum Wandlungsvertrage seitens des Verkäufers. Die Zustimmungserklärung gilt jedoch nach § 894 Z.P.O. erst als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Vor diesem Zeitpunkt kann daher der obsiegende Kläger die Vollstreckung des Urteils nicht versuchen.

Diesem Übelstande gegenüber hat die Vertragstheorie m. E. den Vorteil, dass sie in ihren Grundzügen den Vorschriften des Gesetzes mehr entspricht als die Rückleistungstheorie, denn da letztere den Wandlungsvollzug durch Vertrag auf den Fall der aussergerichtlichen Vollziehung der Wandelung beschränkt, so müsste das Gesetz bei der Fassung des § 465 nur die Regelung des aussergerichtlichen Vollzuges der Wandelung im Auge gehabt haben. Diese Annahme ist aber m. E. durch nichts gerechtfertigt, wenigstens nicht durch den Gesetzestext. Auch wäre dies eine überflüssige Sorge des Gesetzgebers gewesen, da die allgemeinen Paragraphen über Annahme eines Vertragsantrages,

also über den Vollzug eines Vertrages, wenn man diesen Ausdruck gebrauchen könnte, auf den aussergerichtlichen Vollzug der Wandelung angewendet, auch ohne die Bestimmung des § 465, zu demselben Resultat geführt hätten.

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass auch die Rückleistungstheorie in ihren Grundzügen dem endgiltigen Gesetzestext gegenüber der Begründung nicht entbehrt.

Meines Erachtens sind beide Theorien gesetzmässig und daher völlig berechtigt, Geltung zu verlangen. Ihre Fehlerhaftigkeit liegt m. E. nur darin, dass jede derselben ein allzu grosses Anwendungsgebiet, sozusagen die Alleinherrschaft, zum mindesten für die Fälle des gerichtlichen Vollzuges der Wandelung für sich in Anspruch nimmt.

Die Zurückdrängung jeder der beiden Theorien in ihre gesetzmässigen Schranken, die Begrenzung ihrer Anwendungsgebiete und die nähere Begründung dieser meiner Ansicht ist Zweck des nächsten Paragraphen.

§ 5.

Rechtliche Konstruktion des Wandelungsanspruchs.

I. Das eine steht zunächst fest und ist in der Litteratur unbestritten, dass das Wandelungsrecht trotz seiner unleugbaren Ähnlichkeit mit dem Rücktrittsrecht vom B.G.B. nicht schlechthin als Rücktrittsrecht gestaltet worden ist, vielmehr eine vom Rücktrittsrecht stark abweichende Regelung erfahren hat. Beiden Rechtsinstituten gemeinsam sind nur ihre Folgen und von diesen auch nicht einmal alle geblieben.

Ihre gemeinsame Wirkung besteht nach den Worten des Gesetzes darin, dass die Parteien nach der Geltendmachung eines dieser beiden Rechte verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

Die herrschende Meinung bezeichnet demnach als Zweck dieser beiden Rechtsmittel: „Die Herstellung des rechtlichen Zustandes, wie er vor dem Abschluss des Vertrages war“.

Die Wirkung des erfolgten Rücktritts ist unstreitig die, dass einerseits das durch den vorangegangenen Ver-

trag unter den Parteien begründete Schuldverhältnis, soweit es noch besteht, zerfällt, getilgt wird, und andererseits die Parteien verpflichtet werden, die auf Grund jenes Schuldverhältnisses bewirkten Leistungen einander zurückzugewähren, zwar nicht nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, sondern nach Massgabe der sich aus den §§ 346 ff. ergebenden Grundsätze. Der Rücktritt vom Verträge übt somit prinzipiell eine liberatorische und eine obligatorische Wirkung gleichzeitig aus (cfr. Oertmann und Planck Vorbem. zu § 346).

Anders die Wandelung. Diese übt, wie wir später noch genauer sehen werden, prinzipiell nur eine obligatorische Wirkung aus.

Das Mittel der Vertragsauflösung ist beim Rücktritt die einseitige, empfangsbedürftige, aber nicht annahmbedürftige Erklärung des Zurücktretenden:

„Ich trete von dem Verträge zurück.“

Es unterliegt keinem Zweifel und wird auch von keiner Seite bestritten, dass das Wandelungsrecht, was das vom Gesetz zur Ausübung beziehungsweise Vollziehung der Wandelung gegebene Mittel anlangt, eine andere Regelung erfahren hat. Denn das Gesetz giebt im § 462 dem Käufer einer mangelhaften Sache das Recht, Wandelung zu verlangen und nicht ein einseitiges Rücktrittsrecht.

Obgleich aus der Entwicklungsgeschichte der Wandelungsparagraphen hervorgeht, dass bei jeder Beratung, sowohl bei der I. Lesung als auch bei der II. Lesung, die Gestaltung des Wandelungsrechts als Rücktrittsrecht erwogen wurde, ist doch die schon in der Vorlage des Redaktors und im Entwurf I zum Ausdruck gebrachte Lehre vom Wandelungsverlangen aufrecht erhalten worden, und zwar, wie die Motive zum Entwurf I Bd. II S. 238 hervorheben, im bewussten Gegensatz zu dem sonst im Entwurf, insbesondere für das Rücktrittsrecht festgehaltenen Standpunkt, um für die Verjährung die nötige Grundlage zu gewinnen.

Somit ein grosser Unterschied gegen das Rücktrittsrecht! Bis hierher herrscht, wie schon erwähnt, über die Lehre von der Wandelung, die insoweit auch vollständig mit dem bisherigen Recht übereinstimmt, keinerlei Streit. Das Gesetz lässt auch insoweit über die Gestaltung des Wandlungsrechtes als eines Anspruches tatsächlich keinerlei Zweifel aufkommen, dagegen entbehren seine weiteren Bestimmungen über die innere Gestaltung dieses Anspruchs durchaus der wünschenswerten Klarheit und Bestimmtheit.

In diesem Punkte setzen auch die Kontroversen ein, und es ist bisher zur Begründung der im vorigen Paragraphen erwähnten Theorien gekommen.

Es fragt sich nun, ob das Gesetz in Verbindung mit den Vorarbeiten tatsächlich unabweislich zu der strikten Annahme einer dieser beiden Theorien und zur völligen Ausschliessung der anderen zwingt. Ich sage unter Berücksichtigung der Materialien, denn aus dem Gesetzestext allein, das habe ich schon erwähnt, und ich glaube das wird ziemlich allgemein zugegeben, lässt sich die Lehre vom Wandlungsvollzuge nicht festlegen. Ich vertrete den Standpunkt, dass die Materialien ein wichtiges nicht zu unterschätzendes Auslegungsmittel moderner Gesetze sind. Mensing meint in seinen Beiträgen zur Lehre vom Wandlungs- und Minderungsvollzuge des B.G.B. S. 17 zwar, dass die Protokolle über die Beratungen des Entwurfs I und II derartig widerspruchsvoll und unfolgerichtig seien, dass sie als geeignetes Auslegungsmaterial nicht anzuerkennen wären und führt zum Beleg hierfür einige Stellen aus denselben an, die diesen seinen Vorwurf scheinbar allerdings bestätigen. Ich bin aber der Ansicht, dass die Unfolgerichtigkeit dieser Stellen und der in ihnen hervortretende Widerspruch nur eine Folge davon ist, dass die betreffenden Stellen losgelöst aus ihrem Zusammenhange angeführt werden. Ich habe aus diesem Grunde auch die Entwicklungsgeschichte der Wandlungsparagraphen möglichst genau und vollständig gegeben.

Ich gehe bei der nun folgenden Untersuchung von der Tatsache aus, dass man in den Kommissionen für die Vor-

beratungen des B.G.B. — wie aus der Entwicklungsgeschichte der Wandelungsparagraphen erinnerlich — beschloss, die für die Geltendmachung der dem Käufer zustehenden Rechte bestimmte Frist als Verjährungsfrist (und nicht als Präklusivfrist) zu gestalten.

Dies konnte natürlich mit Rücksicht auf die Lehre von der Anspruchsverjährung des Entwurfs und später des B.G.B. nur geschehen, entweder wenn die Rechte, welche von der Verjährung betroffen werden sollten, schon sozusagen von Natur derartige der Verjährung unterworfenene Rechtsbildungen, also Ansprüche, waren, oder aber, falls dies nicht der Fall war, wenn diese Rechte, also das Recht auf Wandelung, umgestaltet wurde zu einer Rechtsbildung, die nach dem System des Entwurfes von der Verjährung ergriffen werden konnte, mit anderen Worten, wenn das betreffende Recht als Anspruch konstruiert wurde.

Bei Unterstellung des Falles, dass der die Wandelung verlangende Erwerber auch seinerseits geleistet hat — dem gewiss weitaus häufigsten Fall — stiess man auf keinerlei Schwierigkeiten. In diesem Falle verlangte der wandelnde Käufer von dem Verkäufer die Rückgewähr des von ihm gezahlten Kaufpreises, also ein Tun. Es liegt somit ein gegen eine bestimmte Person gerichteter Anspruch im Sinne des § 194 B.G.B. vor, der von der Verjährung ergriffen wird.

Mit Rücksicht auf diesen Fall brauchte somit eine Umgestaltung des Wandelungsverlangens nicht zu erfolgen. Das hat auch in richtiger Würdigung dieses Falles die Mehrheit sowohl der I. als auch der II. Kommission konstatiert.

Es ist aber noch ein anderer, wenn auch seltenerer Fall möglich, in dem das Wandelungsverlangen des Käufers nicht eine Leistung des Verkäufers zum Inhalt hat.

Der Käufer einer mit einem zur Wandelung berechtigenden Mangel behafteten Sache hat z. B. den Kaufpreis noch nicht bezahlt, klagt aber dessen ungeachtet auf Wandelung. Nicht zu bezweifeln ist, dass ein dringender Anlass für den Käufer hierzu vorliegen kann, diese Klage anzustellen.

Stellt sich nun auch in diesem Falle das Wandelungsverlangen als ein der Verjährung unterwerfbarer Anspruch dar, oder nicht und in letzterem Falle, wie ist dem abzuhelpfen?

Das sind die beiden Fragen, die sowohl in der I. wie in der II. Kommission debattiert wurden und welche die schliesslich überstimmte Minderheit in der Kommission gegen die Anspruchsverjährung geltend machte.

(Von selbst gibt sich demnach die Folgerung, dass die Kommission nur wegen dieses Falles das Wandelungsverlangen neu gestaltete.)

Die I. Kommission, dies geht aus dem Protokoll über die 92. Sitzung hervor, konstatierte, dass auch in diesem Falle ein Anspruch des Käufers bestehe, und zwar sah sie den Anspruch darin, dass der Käufer berechtigt sei, Befreiung von den durch den Vertrag für ihn entstandenen Verpflichtungen zu verlangen.

Eine derartige Verpflichtung des Veräusserers war ja im § 17 der Vorlage des Redaktors vorgesehen, der bestimmte:

„Der Veräusserer hat im Falle der Aufhebung des Vertrages dem Erwerber die empfangene Gegenleistung zurückzugeben und denselben von den infolge des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien.“

Die I. Kommission glaubte also, den Anforderungen der Lehre von der Anspruchsverjährung dadurch gerecht zu werden, dass sie von dem Verkäufer die Abgabe einer Willenserklärung, einer Erlasserkklärung, forderte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Regelung tatsächlich das hätte erreichen können, was sie wollte, da eine dem letzten Passus des zitierten § 17 entsprechende Bestimmung weder beim Rücktrittsrecht noch bei dem Kaufe in das Gesetz aufgenommen worden ist.

Dass auch bei den Beratungen der II. Kommission die oben aufgestellten Fragen denjenigen Punkt bildeten, von dem die Debatte ausging, geht aus den Gegengründen der

Minderheit hervor. Diese ging (cfr. Protokoll über die 83. Sitzung II. Lesung S. 673 ff.) lediglich von der Unterstellung des Falles aus, dass der wandelnde Käufer seinerseits noch nicht gezahlt habe. Auch die Mehrheit der II. Kommission berücksichtigte in ihrer Begründung zunächst diesen Fall. Das geht deutlich aus dem Satze hervor:

„Als Folge der (durch den Wandelungsvertrag erfolgten) Aufhebung des Kaufes ergebe sich dann von selbst das Recht des Käufers, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern (S. 680 Prot. II. Lesung).“

Es ist also unzweifelhaft, dass die Kommission von dem Fall ausging, dass der Käufer seinerseits noch nicht geleistet habe, denn sonst könnte er nicht die Zahlung des Kaufpreises verweigern.

Im Anschluss an diesen Fall und zur Beseitigung der durch ihn hervorgerufenen Bedenken wurde damals die Konstruktion des Wandelungsvollzuges als eines auf Verlangen des Käufers abzuschliessenden Wandelungsvertrages angeregt und beschlossen. (Protokoll über die 83. Sitzung II. Lesung S. 680 f.).

Ich ziehe daher aus diesen Vorgängen bei der Beratung den Schluss, dass die Kommission die Anwendung der beschlossenen neuen Konstruktion des Wandelungsverlangens als eines auf die Aufhebung des Kaufes gerichteten Vertragsanerbietens lediglich auf die Fälle beschränken wollte, in denen die durch den Kaufvertrag entstandene Obligation des Käufers noch besteht, also der Käufer noch nicht erfüllt hat. Eine Ausdehnung der Anwendung dieser Konstruktion auf die übrigen Fälle der Wandelung, in denen beide Teile Käufer und Verkäufer bereits erfüllt haben, lag meines Erachtens der Kommission fern.

Danach würde also der Inhalt des Wandelungsverlangens ein verschiedener, ein zweifacher sein, je nachdem der Käufer bereits geleistet hat oder nicht.

Im ersteren Fall würde der dem Käufer aus der Mangelhaftigkeit der Sache zustehende Anspruch gerichtet sein auf Rückgewähr der Leistung. Im zweiten Fall, in dem der

Käufer noch nicht geleistet hat, auf Abschluss eines Vertrages, der die Aufhebung des Kaufs oder besser gesagt, die Beseitigung der aus dem Kaufvertrage für den Käufer noch bestehenden Obligation herbeiführt.

II. Geht man von dieser Auffassung aus, so wird auch diejenige Äusserung der Kommission, die in der Litteratur (bes. v. Mensing) als unverständlich und widerspruchsvoll bezeichnet wird, sehr gut verständlich.

Aus ihr geht sogar meines Erachtens deutlich hervor, dass die Kommission, ungeachtet des Umstandes, dass sie an einigen Stellen (so auch an der oben zitierten Stelle) die Konstruktion des Wandelungsanspruchs als eines Anspruchs auf Abgabe einer Einwilligungserklärung in den Abschluss eines Aufhebungsvertrages allgemein für anwendbar erklärt, gleichwohl den Zweck verfolgte, die Anwendung dieser Konstruktion nur auf den oben erwähnten Fall zu beschränken.

Es ist dies die Äusserung in dem Protokoll über die 86. Sitzung S. 710. In dieser Sitzung legte die Kommission ihre Auffassung über die Lehre des Wandelungsvollzuges noch einmal dar und zwar ist diese Darlegung die wichtigste, da sie die letzte Äusserung der Kommission über diese Lehre ist. Sie ist gleichsam das Resumé, der Niederschlag aller früheren Beratungen über diesen Gegenstand.

Sie lautet wie schon im § 3 erwähnt:

„Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandelung nicht als das Recht, durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes, die Annahme des darauf gerichteten Vertragsantrages verlangen könne.

Die Wandelung sei mithin vollzogen mit der Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers oder der diese ersetzenden Verurteilung desselben. Es empfehle sich, letztere neben der Erklärung des Einverständnisses besonders zu erwähnen,

weil die Erklärung nach der Z.P.O. § 779 (n. F. § 894) nur durch ein zur Abgabe derselben verurteilendes Erkenntnis ersetzt werde, während davon auszugehen sei, dass die Klage des Käufers und das ergehende Urteil nicht gerade auf die Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufes oder in die Herabsetzung des Kaufpreises gerichtet sein müsse.“

Aus dieser Darlegung folgt,

1. das Recht auf Wandelung stellt sich dar als Anspruch auf Aufhebung des Kaufes (nicht des Vertrages nur).
2. die Wandelung wird vollzogen auf dreierlei Weise:
 - a) (aussergerichtlich), durch freiwillige Abgabe der Einwilligungserklärung seitens des Verkäufers in den Aufhebungsvertrag,
 - b) (gerichtlich), durch zwangsweise Abgabe der Einwilligungserklärung seitens des Verkäufers in den Aufhebungsvertrag, d. h. durch ein zur Abgabe dieser Erklärung verurteilendes rechtskräftiges Erkenntnis,
 - c) (gerichtlich), durch das Urteil, das den Verkäufer nicht zur Einwilligung in die Rückgängigmachung des Kaufes verurteilt, sondern — es bleibt dann diese Möglichkeit nur übrig — zur Rückgewähr der empfangenen Leistung verurteilt.

Sehen wir von der aussergerichtlichen Vollziehung der Wandelung vorerst ab, da ihre Regelung nicht bestritten ist, so ist unverkennbar, dass nach den vorangegangenen Erörterungen der Vollzug der Wandelung durch eine die Erklärung des Einverständnisses ersetzende Verurteilung Anwendung findet auf den Fall, in dem der Käufer seinerseits noch nicht geleistet hat.

Während der Vollzug der Wandelung durch ein nicht zur Einwilligung verurteilendes Erkenntnis, sondern durch ein auf Rückgewähr der empfangenen Leistung erkennendes Urteil sich beschränkt auf den Fall, dass der Käufer auch seinerseits geleistet hat.

III. Diese Regelung, die sonach meines Erachtens der Wandelungsvollzug erfahren hat, steht auch völlig im Einklang mit den Grundsätzen, die sich nach der herrschenden Ansicht über die Aufhebung von Verträgen aus dem römischen Recht entwickelt haben.

Diese Grundsätze über die Aufhebung von Verträgen zum Vergleich hier heranzuziehen, rechtfertigt sich daraus, dass das dem Kauf zu Grunde liegende Schuldverhältnis durch den von der Rückleistungstheorie geforderten, konstruierten Wandlungsakt nicht berührt wird, nicht erlischt, falls es noch besteht.

Eine andere Wirkung übt dagegen, wie schon erwähnt, der Rücktritt aus. Durch die Geltendmachung desselben zerfällt, wie wir im Eingange dieses Paragraphen gesehen haben, infolge der Rücktrittserklärung einerseits das durch den vorangegangenen Vertrag unter den Parteien begründete Schuldverhältnis, soweit es noch besteht, von selbst, andererseits wird unter den Parteien eine neue Obligation zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen begründet. Ich hatte dort hervorgehoben, dass der Rücktritt eine liberatorische und eine obligatorische Wirkung gleichzeitig ausübt.

Anders prinzipiell bei der Wandelung! Die an die Wandelung sich knüpfende obligatorische Verpflichtung der Parteien zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen wird auch bei ihr unmittelbar und nicht erst durch ein sich anschliessendes Rechtsgeschäft oder Urteil hervorgerufen, (cfr. Motive Bd. II. S. 230), und darin stimmt die Wirkung der Wandelung mit der Wirkung des Rücktritts überein.

Nicht aber wird das Schuldverhältnis selbst durch die Wandelung prinzipiell berührt, also aufgehoben. Dieser Erfolg knüpft sich erst an eine hierauf gerichtete Tätigkeit der Parteien.

Ich werde nunmehr zum Vergleich die allgemeinen Grundsätze über die Aufhebung von Verträgen anführen.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch haben diesbezügliche Bestimmungen nicht Aufnahme gefunden. Die Motive des

ersten Entwurfs Bd. II S. 79 bezeichnen solche Bestimmungen als unnötig.

Die Vorlage des Redaktors hatte im Abschnitt I Titel 5 IV eine derartige Bestimmung aufgenommen.

Sie lautete:

„Ein Vertrag kann durch entgegengesetzte Übereinkunft so aufgehoben werden, wie wenn er nicht geschlossen worden wäre.

Ist von einer oder beiden Seiten bereits geleistet, so wird durch den aufhebenden Vertrag insoweit, als eine Rückerstattung des Geleisteten erfolgen soll, ein neues Schuldverhältnis begründet. Der Umfang der Verpflichtung zur Rückerstattung bestimmt sich, wenn nicht eine geringere Haftung als beabsichtigt erscheint, nach den in Abt II Tit. 8 § 12 gegebenen Vorschriften.“

Diese Bestimmung, die, wie erwähnt, nicht Gesetz geworden ist, gab lediglich die im Anschluss an das römische Recht geltenden Grundsätze wieder.

Da der Kauf ein Konsensualvertrag ist, so interessiert hier nur die Aufhebung von Konsensualverträgen.

Das römische Recht kannte eine Aufhebung von Konsensualverträgen durch *contrarius consensus*. (Sintenis Bd. II S. 477 f., Windscheid Bd. II S. 436 ff., Anm. 5 u. 9, Brinz Bd. II S. 749, Vangerow Bd. III S. 383.) Die Aufhebung der Konsensualverträge auf diesem Wege war aber nur möglich, wenn der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt war, *re integra*. Hatte jedoch schon eine Leistung stattgefunden auf Grund des Vertrages, so war den Parteien mit der blossen Aufhebung der Obligation nicht geholfen, es musste vielmehr noch ein Rückforderungsrecht begründet werden. So lange aber die *pacta nuda* nicht klagbar waren, konnte aus dem *contrarius consensus* nicht auf Rückleistung geklagt werden. Mit der Klagbarkeit der *pacta nuda* fiel natürlich auch diese Beschränkung.

Für das gemeine Recht stand es ausser Zweifel, dass durch einen blossen Aufhebungsvertrag gleichzeitig ein

Forderungsrecht auf Rückgewähr der Leistungen erzeugt werden konnte. Wir wollen daher bei dieser Betrachtung von der früheren Beschränkung des römischen Rechtes absehen.

Der *contrarius consensus* kann natürlich nur die durch den Vertrag erzeugte Obligation tilgen, die Willenserklärungen an und für sich, die dem Vertrage zu Grunde liegen, können ebensowenig ungeschehen gemacht werden, wie irgend eine Tatsache. Es ist dies aber auch durchaus nicht notwendig, es genügt für den Rechtszustand vollkommen, wenn die Fortdauer der Wirkungen der Willenserklärung durch eine Gegenwirkung wieder beseitigt werden, und in dem Falle, dass schon Leistungen erfolgt sind, dass diese durch darauf gerichtete Handlungen beseitigt werden.

Bechmann vertritt daher in seinem System des Kaufes Bd. II S. 471 ff. die Auffassung, dass die römischen Juristen sich den *contrarius consensus* als wechselseitigen Erlassungsvertrag vorgestellt haben. (l. 5 pr. D. de resc. vend., l. 7 § 6, l. 27 § 2 D. de pact. und l. 58 D. eod.)

Dieselbe Ansicht vertreten die Motive zum Entwurf cf. Bd. II S. 79.

Der Hauptanwendungsfall des *contrarius consensus* des Aufhebungsvertrages ist also der von keiner Seite erfüllte Vertrag. In diesem Falle tilgt der Aufhebungsvertrag die durch den aufzuhebenden Vertrag erzeugten Obligationen. Er wirkt also rein liberatorisch. Dieser Fall kommt für unsere Untersuchung insofern nicht in Betracht, als ein derartiger Fall bei der Wandelung des Kaufes kaum vorkommt.

Ist jedoch z. Z. der Vertragsaufhebung der Vertrag, der aufgehoben werden soll, bereits vollständig erfüllt, so kann natürlich der Aufhebungsvertrag nur den Zweck haben, die Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen zu begründen. Die Wirkung des Aufhebungsvertrages beschränkt sich daher in diesem Fall lediglich auf die Begründung dieser Rückleistungspflicht, er wirkt also hier nur obligatorisch. Liberatorisch kann er in diesem Falle

deshalb nicht wirken, weil die Liberierung von der durch den aufzuhebenden Vertrag begründeten Obligation durch Erfüllung eingetreten ist.

Hierdurch wird meines Erachtens die Richtigkeit der nach meiner Behauptung von der Kommission dem Wandelungsverlangen in diesem Falle gegebene Gestaltung bestätigt.

Ich vertrat die Ansicht, dass in diesem Falle die Wandelung, wenn der Verkäufer sich weigert, vollzogen wird durch Klage direkt auf Rückgewähr der Leistung und nicht auf Abschluss eines Wandelungsvertrages, denn der Abschluss eines Vertrages mit liberatorischer Wirkung ist in diesem Falle vollkommen überflüssig. Eine Zerstörung der etwa noch bestehenden Obligation aus dem Kaufvertrage durch einen darauf gerichteten Vertrag ist nicht notwendig, die Obligation ist bereits durch Erfüllung getilgt.

Ebenso ist der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit obligatorischer Wirkung, also zur Begründung der Rückleistungspflicht nicht notwendig; denn diese Verpflichtung wird unmittelbar durch die Wandelung, wie ich schon erwähnte hervorgerufen, nicht erst durch ein sich anschliessendes Rechtsgeschäft. In diesen Fällen wäre somit der zwangsweise Abschluss eines Wandelungsvertrages nach § 465 B.G.B., wie ihn die Vertragstheorie erfordert, völlig überflüssig. Es genügt vollkommen, wenn der Käufer in diesem Falle aus § 462 B.G.B. unmittelbar auf Rückgewähr der von ihm bewirkten Leistung klagt. Das sind die Anwendungsfälle für die Rückleistungstheorie.

Es bleibt nun nur noch übrig den Fall zu betrachten, wenn nur ein Kontrahent den Vertrag erfüllt hat. In diesem Falle muss der Aufhebungsvertrag sowohl liberatorisch als auch obligatorisch wirken, um den früheren Rechtszustand, den Zustand vor Abschluss des Vertrages wieder herzustellen, da von den bestehenden Obligationen nur die des einen Teils durch Leistung getilgt ist, die des anderen Teiles aber noch zu Recht besteht.

Diesen Fall auf die Wandelung übertragen rechtfertigt wiederum die nach m. A. von der Kommission dem Wandelungsvollzuge gegebene Gestaltung.

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages zwischen Käufer und Verkäufer mit obligatorischer Wirkung übrigst sich zwar auch in diesem Falle aus dem oben angeführten Grunde, nicht aber der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit liberatorischer Wirkung, denn von den durch den Kaufvertrag entstandenen Obligationen, für den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises, für den Verkäufer auf Lieferung der Kaufsache, ist nur die Verpflichtung des Verkäufers getilgt und zwar durch Erfüllung, nicht aber die des Käufers. Diese besteht noch zu Recht und kann nur durch Abschluss eines Erlassvertrages nach § 397 B.G.B. beseitigt werden, oder aber was dieselbe Wirkung haben würde durch Abschluss eines Vertrages zwischen Käufer und Verkäufer, durch den der Verkäufer anerkennt, dass das Schuldverhältnis nicht besteht. (Dagegen wäre ein einseitiger Verzicht des Verkäufers auf die Forderung unwirksam, cfr. Planck zu § 397, da das Bürgerliche Gesetzbuch einen derartigen einseitigen Verzicht nicht kennt.) Es muss daher in diesen Fällen der Abschluss irgend eines die bestehende Obligation zerstörenden Vertrages erfolgen. Ob dieser abzuschliessende Vertrag nun ein Erlassvertrag oder ein negativer Anerkenntnisvertrag ist, ist gleichgiltig. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat für diesen Fall im § 465 B.G.B. den erforderlichen Vertrag ganz allgemein als Rückgängigmachungsvertrag oder, um mit dem Gesetz zu sprechen, als Wandelungsvertrag konstruiert. In diesen Fällen muss somit meines Erachtens die Vertragstheorie Geltung finden und sonach der wandelnde Käufer, da er seinerseits eine Gegenleistung noch nicht bewirkt hat und daher auch nichts zurückfordern kann, auf Abgabe der Einverständniserklärung in den Aufhebungsvertrag gegen den Verkäufer klagen. Genau so wie die Kommission das Wandelungsverlangen in diesem Falle gestaltete. Die vorstehende Untersuchung hat somit meines Erachtens die Berechtigung der von der

Kommission für die verschiedenen Fälle der Wandelung dem Wandelungsanspruch gegebene verschiedene Gestaltung vollauf bestätigt.

IV. Es bleibt jetzt noch übrig zu untersuchen, ob unsere Konstruktion des Wandelungsvollzuges gegenüber dem endgiltigen Gesetzestext zu halten ist, ob sie durch die Fassung der Wandelungsparagraphen unterstützt wird.

So viel ist sicher, dass diese zwischen den beiden bisherigen extremen Theorien sozusagen vermittelnde Auffassung in dem Gesetz einen zwingenden Ausdruck nicht gefunden hat. Aber auch die Vertragstheorie und die Rückleistungstheorie haben einen zwingenden Ausdruck im Gesetz nicht gefunden.

Ihr Aufbau stützt sich vielmehr mehr oder weniger auf ausserhalb des Gesetzes liegende Tatsachen. Die Vertragstheorie stützt sich auf die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch und die Rückleistungstheorie verdankt ihre Begründung der Erwägung, dass die Vertragstheorie zu grossen praktischen Unzuträglichkeiten führt. Insofern glaube ich also gerechtfertigt zu sein, wenn auch meine vermittelnde Auffassung keinen zwingenden Ausdruck im Gesetz gefunden hat.

Gleichwohl kann ich mich der Ansicht nicht verschliessen, dass gerade dieser Umstand, dass das Gesetz Raum geboten hat zur Bildung der strikten Vertrags- und der reinen Rückleistungstheorie auch für die vermittelnde Theorie spricht.

Die Paragraphen, die zur Beurteilung der Frage nach der Art und Weise des Wandelungsvollzuges in Betracht kommen, sind die beiden §§ 462 und 465. Die Vertragstheorie stützt sich auf § 465 und ignoriert den § 462, indem sie den § 465 als Erläuterung des § 462 ansieht, der nichts anderes bezwecke, als zu konstatieren, dass dem Käufer zwei Rechte zustehen, nämlich das Recht der Wandelung und das Recht der Minderung. Die innere Gestaltung dieser beiden Rechte werde erst durch § 465 gegeben.

Wäre dies der Wille des Gesetzgebers gewesen, dann hätte er dasselbe Resultat durch striktere Fassung des § 462 erreichen können, etwa in der Form, wie ich den Paragraph in der Entwicklungsgeschichte der Wandelungsparagraphen auf Grund der Kommissionsbeschlüsse konstruiert habe.

„Wegen eines Mangels kann der Käufer nach seiner Wahl verlangen, dass der Verkäufer in die Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) einwillige“

oder aber,

„dass der Verkäufer sich mit der Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) einverstanden erklärt.“

Eine Bestimmung über den Ausschluss des *ius variandi* hätte sich meines Erachtens in diesem Falle erübrigt, da nach allgemeinen Grundsätzen über die Schliessung von Verträgen dasselbe Resultat wie mit dem jetzigen § 465 erreicht worden wäre.

Ich glaube diese Fassung hätte einen Zweifel über die Konstruktion des Wandelungsvollzuges nicht aufkommen lassen und lag nach den Beschlüssen der Kommission sehr nahe. Dass diese Fassung nicht vorgenommen worden ist, bestätigt meines Erachtens die Annahme, dass der Gesetzgeber nicht von der ausschliesslichen Vertragstheorie ausging.

Die Rückleistungstheorie hingegen erachtet den § 462 als ausschlaggebend und beschränkt die Anwendung des § 465 lediglich auf den aussergerichtlichen Vollzug der Wandelung. Auch diese Auslegung halte ich nicht für wahrscheinlich. Eine Regelung des aussergerichtlichen Vollzuges war seitens des Gesetzgebers durchaus nicht notwendig, da einmal, wie erwähnt, die allgemeinen Bestimmungen über Verträge zu demselben Resultat wie § 465 in dieser Auffassung von der Rückleistungstheorie geführt hätten, andererseits nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vollkommene Vertragsfreiheit besteht. Dabei ist noch zu erwägen, dass hinsichtlich des aussergerichtlichen Vollzuges der Wandelung keinerlei Streitfragen bestanden,

während besonders die Frage nach dem Eintritt des Verlustes des *ius variandi* bei dem gerichtlichen Vollzuge der Wandelung sehr bestritten war. Und da sollte der Gesetzgeber eine Regelung dieses letzteren Falles nicht im Auge gehabt haben!

Es bleibt also nichts anderes übrig, als anzunehmen, dass das Gesetz beide Konstruktionen zulassen wollte. Ohne dem Gesetz grossen Zwang anzutun, kann man das auch aus den §§ 462 und 465 herauslesen.

Jeder Paragraph für sich betrachtet, gibt die Grundlage zu einer Konstruktion. Der § 462 gibt die Möglichkeit, direkt auf Rückgewähr der bewirkten Leistungen zu klagen, § 465 aber die Möglichkeit, auf Einwilligung in den Abschluss eines Wandelungsvertrages zu klagen. Eine genauere Regelung der bei dieser Interpretation entstehenden Frage, wann ist die eine Konstruktion, wann die andere anzuwenden, konnte das Gesetz nicht vornehmen ohne kasuistisch zu werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat aber gerade eine kasuistische Behandlung im Gegensatz zum Allgemeinen Landrecht unter allen Umständen vermieden. Es überliess daher auch der Wissenschaft und Praxis die Anwendungsgebiete der einzelnen, durch die §§ 462 und 465 ermöglichten Konstruktionen zu finden und zu begrenzen.

Eine Bestätigung dieser meiner Auffassung entnehme ich auch dem Wortlaut des § 465.

Durch den Gebrauch des eine Bedingung andeutenden Wortes „wenn“ besagt nämlich dieser Paragraph deutlich, insbesondere wenn man ihn in Verbindung mit dem § 462 betrachtet, dass die Wandelung nicht nur nach der im § 462 festgesetzten Art und Weise in Vollzug gesetzt werden kann, sondern auch nach der durch ihn bestimmten Weise, also auch dadurch, dass der Käufer von dem Verkäufer die Abgabe einer Einwilligungserklärung in den Abschluss eines Wandelungsvertrages verlangt. Wenn nun der Käufer diese Art des Wandelungsvollzuges wählt, dann — so be-

stimmt der § 465 weiter — geschieht das und das. Die gleiche Auslegung hat Eccius dem § 465 gegeben.

Während dieser jedoch diese Art und Weise des Vollzuges der Wandelung auf den Fall der aussergerichtlichen Vollziehung der Wandelung beschränkt, vertrete ich die Ansicht, dass der Käufer seinen Anspruch auf Abgabe einer Einwilligungserklärung gegen den Verkäufer auch im Wege der Klage geltend machen kann. Einen Grund für die entgegengesetzte Ansicht kann ich nicht finden.

Es besagt somit der § 465, dass die Wandelung sowohl nach § 462 als auch nach der von ihm bestimmten Art und Weise in Vollzug gesetzt werden kann.

Noch deutlicher und in einer jeden Zweifel hierüber ausschliessenden Art und Weise besagte dies dieser Paragraph in seiner ursprünglichen Fassung, in der er von der Kommission sachlich angenommen wurde. (cfr. Protokoll über die 86. Sitzung Antrag 2a.)

Der in jener Sitzung von der Kommission angenommene Antrag 2a Abs. 1 lautete nämlich:

„Die Wandelung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, dass der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat, oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist.“

In diesem Antrage wird unter anderem entschieden, in welchem Zeitpunkt eine Bindung des Käufers an seine erklärte Wahl zwischen Wandelung und Minderung eintritt. Diese Frage wird jedoch nur insoweit geregelt, als sie bisher streitig war, also bezüglich des gerichtlichen Vollzuges der Wandelung, denn der Eintritt des aussergerichtlichen Vollzuges der Wahl war unstrittig. Hätte auch letzterer Fall geregelt werden sollen, so hätte auch eine dahingehende Bestimmung, dass durch freiwillige Rückgewähr der Leistungen die Wandelung vollzogen werde, aufgenommen werden müssen. Dies ist aber, wie erwähnt,

weil unstreitig und selbstverständlich nicht aufgenommen worden.

Da nun vorgenannte Bestimmung zwei verschiedene rechtliche Ereignisse nennt, durch die der Wandelungsvollzug eintritt, nämlich die Abgabe der Einwilligungserklärung seitens des Verkäufers und das zur Wandelung verurteilende rechtskräftige Erkenntnis, so besagt damit diese Bestimmung gleichzeitig, dass man auch auf doppelte Art und Weise die Wandelung in Vollzug setzen, Wandelung verlangen kann. Nämlich einmal dadurch, dass der Käufer die Abgabe der Einwilligungserklärung in den Wandelungsvertrag von dem Verkäufer verlangt, dann aber auch dadurch, dass der Käufer, wie im bisherigen Recht, einfach Rückgewähr der von ihm bewirkten Leistung verlangt. Selbstverständlich ist es dem Käufer unbenommen, dieses sein zweifaches Verlangen, falls der Verkäufer sich weigert, darauf einzugehen, auch im Wege der Klage geltend zu machen, denn, wie erwähnt, will die Bestimmung in erster Linie den gerichtlichen Vollzug der Wandelung regeln.

Diese Folgerungen würden allerdings unrichtig sein, wenn der letzte Passus des Antrages 2a Abs. 1 „oder zur Wandelung rechtskräftig verurteilt worden ist“, lediglich eine Wiederholung der Bestimmung des § 894 Z.P.O. sein sollte.

Dieser Auslegung der erwähnten Stelle widerspricht aber schon die Fassung des Antrages 2a, denn dann würde der letzte Passus in dem Antrage nicht die Fassung erhalten haben „oder zur Wandelung verurteilt ist“, sondern die Stelle würde mit Beziehung auf die vorhergehende Bestimmung, dass die Wandelung durch Abgabe der Einwilligungserklärung vollzogen sei, richtiger und verständlicher nur lauten: „oder dazu rechtskräftig verurteilt ist“. Auch ist nicht zu verkennen, dass in diesem Falle der erwähnte letzte Passus der klaren Bestimmung des § 894 Z.P.O. gegenüber eine völlig überflüssige und unbegründete Wiederholung dargestellt hätte.

Ausserdem aber ist in der Kommission noch ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass der erwähnte letzte Passus des Antrages 2a Abs. 1 diese Bedeutung (eine Wiederholung der Bestimmung des § 894 Z.P.O.) nicht habe. (cfr. Protokoll über die 86. Sitzung S. 710 und § 3 dieser Arbeit.) Wäre sonach der zitierte Antrag in seiner ursprünglichen Fassung Gesetz geworden, so wäre er eine nicht misszuverstehende Stütze der von mir vertretenen Ansicht geworden.

Warum überhaupt dieser für die Bedeutung des § 465 sehr wesentliche und eine Streitfrage im bisherigen Recht entscheidende Zusatz gestrichen worden ist, ist nirgends ersichtlich. Ich konnte wenigstens auch in den Revisionsprotokollen, in denen der II. Entwurf noch einmal beraten worden ist, nichts darüber finden. Er ist auch noch in der endgiltigen Fassung des I. Entwurfs vorhanden, allerdings in der verstümmelten Form:

„oder dazu rechtskräftig verurteilt ist“.

In dieser Form konnte allerdings leicht seine Bedeutung übersehen und angenommen werden, er solle besagen, dass auch

die Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung, also das die Willenserklärung nach § 894 Z.P.O. ersetzende Urteil die Wandelung vollziehe.

So viel ist sicher, in der Reichstagsvorlage war der Zusatz nicht mehr vorhanden. Es bleibt daher nur die Annahme übrig, dass die Redaktionskommission den Zusatz gestrichen hat in der Meinung, er sei überflüssig. (cfr. das Recht 6. Jahrgang Heft 4 S. 97.) Denn die Redaktionskommission war nur zu redaktionellen Änderungen nicht aber zu materiellen Änderungen des Gesetzes befugt. Man kann daher diesen Zusatz noch als geltend oder wenigstens als vom Gesetz gewollt ansehen und danach interpretieren.

An dieser Stelle möchte ich noch bezüglich der von Eccius (S. 325) dem § 465 gegebenen Deutung, mit der die meinige teilweise, wenigstens was die Bedeutung des Wörtchens „wenn“ anlangt, übereinstimmt, bemerken, dass,

wenn der endgiltige § 465 statt der Wandelung „ist vollzogen“ die Worte „wird vollzogen“ enthielte, damit ausgedrückt wäre, die Wandelung kann nur durch Vertrag vollzogen werden. Nach m. A. wollte die Kommission diese Bedeutung aber gerade vermeiden, wie ich darzulegen versucht habe. Die Fassung „ist vollzogen“ ist daher wenigstens, wenn man der von mir vertretenen Ansicht folgt, völlig korrekt.

§ 6.

Der Zeitpunkt des Eintritts des Wandelungsvollzuges.

Im vorigen Paragraphen habe ich die Frage, wann die Wandelung vollzogen sei, dem Käufer das Recht des Entschlusswechsels genommen sei, bei der Erörterung der Entstehungsgeschichte des § 465 schon teilweise beantwortet.

Der § 465 lässt für den Fall, dass die Wandelung durch Vertrag vollzogen wird, keinerlei Zweifel darüber aufkommen, dass in dem Augenblick, in dem der Vertrag zum Abschluss gelangt, auch das *ius variandi* des Käufers zum Abschluss kommt, erlischt. Der Käufer ist dann von diesem Augenblick an an seine Wahl gebunden, er kann nun nicht mehr auf das Recht, Minderung zu verlangen, zurückgreifen.

Vorstehendes gilt selbstverständlich nicht nur für den Fall des aussergerichtlichen Vollzuges der Wandelung durch Abschliessung des Wandelungsvertrages, sondern auch für den Fall des gerichtlichen Vollzuges der Wandelung durch Vertrag. In letzterem Falle gilt dann die Wandelung vollzogen mit dem Eintritt desjenigen rechtlichen Ereignisses, das der freiwilligen Abgabe der Einwilligungserklärung gleich steht, dieselbe ersetzt, also mit Eintritt der Rechtskraft des zur Abgabe der Einwilligungserklärung verurteilenden Erkenntnisses. (§ 894 Z.P.O.)

Zu der Erklärung des Käufers, wandeln zu wollen, muss also ein zweites Moment hinzukommen, die Einwilligungserklärung des Verkäufers oder das diese Er-

klärung ersetzende Urteil, um dem Käufer das Recht des Entschlusswechsels zu nehmen. Durch das Hinzukommen dieses zweiten Momentes wird für beide Teile, Käufer und Verkäufer, eine klare Rechtslage geschaffen, es wird entschieden, dass dem Käufer tatsächlich das Recht, Wandelung zu verlangen, zusteht.

Ehe ich der Beantwortung der Frage nach dem Zeitpunkt des Wandelungsvollzuges auch für diejenigen Fälle näbertrete, in denen die Wandelung durch Klage auf Rückleistung vollzogen wird, möchte ich an dieser Stelle noch darauf hinweisen, dass das Gesetz mit den Worten des § 465: „Die Wandelung ist vollzogen“, nicht denjenigen Zeitpunkt bezeichnen will, in dem die Wandelung beendet, das gesamte Wandelungsgeschäft einschliesslich der Rückgewähr der Leistungen beendet, vollzogen ist. Es fallen im Gegenteil der Augenblick des Vollzuges der Wandelung und der Augenblick der Beendigung des gesamten Wandelungsgeschäftes zeitlich auseinander.

Einige wenige als Ausnahme anzusehende Fälle sind allerdings denkbar, in denen diese beiden Momente zeitlich zusammenfallen, z. B. wenn beide Teile, Käufer und Verkäufer, noch nicht geleistet haben. Nach der von uns vertretenen Ansicht muss in diesem Falle der Wandelung begebrende Käufer mit dem Verkäufer einen Wandelungsvertrag nach § 465 B.G.B. abschliessen, sei es nun auf gerichtlichem oder aussergerichtlichem Wege. In diesen Fällen tritt der Vollzug der Wandelung nach § 465 B.G.B. in dem Augenblick ein, in dem der Verkäufer seine Einwilligungserklärung abgibt oder das ihn zur Abgabe der Erklärung verurteilende Erkenntnis die Rechtskraft erlangt, der Wandelungsvertrag somit freiwillig oder zwangsweise abgeschlossen ist.

Durch den Eintritt dieses rechtlichen Ereignisses wird der Käufer an sein Wandelungsverlangen gebunden, wie das Gesetz im § 465 sagt, die Wandelung vollzogen. Gleichzeitig aber wird auch die durch den Kaufvertrag erzeugte und noch zu Recht bestehende Obligation getilgt.

Der durch die Wandelung erstrebte Erfolg ist damit erreicht und das Wandelungsgeschäft somit beendet. In diesem Falle tritt somit der Vollzug der Wandelung nach § 465 und die Beendigung der Wandelung, d. i. die Beseitigung der rechtlichen und tatsächlichen Folgen des Kaufvertrages, gleichzeitig ein.

In den anderen Fällen dagegen fällt die Beendigung der Wandelung, d. i. die tatsächliche Rückgewähr der bewirkten Leistungen, zeitlich hinter den Vollzug der Wandelung, d. i. den Abschluss des Wandelungsvertrages.

Der Vollzug der Wandelung ist sonach nichts anderes als die rechtliche Feststellung, dass Wandelung eintritt. (Ebenso von Staudinger, Kommentar S. 211.) Diese Feststellung knüpft sich in den Fällen, in denen die Wandelung durch Vertrag vollzogen werden muss, wie wir bereits sahen, an die von dem Verkäufer dem Käufer gegenüber abzugebende Einwilligungserklärung oder das diese Erklärung nach § 894 Z.P.O. ersetzende rechtskräftige Urteil.

Es entsteht nunmehr die Frage, an welches rechtliche Ereignis knüpft das Gesetz diese Feststellung in den Fällen, in denen der Käufer unmittelbar auf Rückgewähr der Leistungen klagt, wann ist in diesen Fällen die Wandelung vollzogen?

In dem endgiltigen B.G.B. findet man eine Regelung dieser Frage nicht. Daher vertritt Cosak in seinem Lehrbuch S. 423/424 die Ansicht, dass die Wahl des Käufers erst unwiderruflich wird, wenn der von dem Käufer ausgewählte Anspruch ganz oder teilweise erfüllt wird, sei es durch freiwillige Zahlung des Verkäufers, sei es durch Zwangsvollstreckung. Cosak gibt keine Begründung für diese seine Ansicht.

Eccius, der a. a. O. S. 331/332 dieselbe Ansicht vertritt, sagt:

„Keine Bedeutung kann der Prozesserhebung beigemessen werden, innerhalb des Prozesses kann die Klage geändert werden. Aber auch das im Prozess ergehende Urteil, ja das rechtskräftige Urteil

kann den Käufer nicht binden, bei seiner Wahl zu bleiben. Ich weiss nicht, worauf sich eine solche wünschenswerte Gebundenheit gründen soll. Ein anderes Ergebnis, so fährt er fort, wäre zu gewinnen, wenn das Gesetz zum Ausdruck gebracht hätte, dass die Wandelung auch durch Urteil vollzogen werde. Dann wäre es in die Macht des Gerichts gestellt, das Vertragsverhältnis durch seine Entscheidung umzugestalten. Da das Gesetz nichts davon enthält, so sind Käufer und Verkäufer die Einzigen, die, abgesehen vom Vertragsschluss, die Wandelung durch Leistung vollziehen.“

Eccius ist danach zu dieser Auffassung durch den Mangel einer diese Frage regelnden Bestimmung im Gesetze veranlasst worden. Auch ich halte den Mangel einer derartigen Gesetzesbestimmung für beklagenswert, möchte aber gleichwohl die Ansicht aufstellen, dass die Wandelung in diesem Falle durch das rechtskräftige Urteil, das den Verkäufer zur Leistung verurteilt, vollzogen wird. Zu diesem Resultat, das Eccius selbst als wünschenswert bezeichnet und das mit dem bisherigen Recht (cfr. § 2) übereinstimmt, drängt uns die Entwicklungsgeschichte des § 465 und die analoge Anwendung dieses Paragraphen. Ich möchte behaupten, dass der § 465 auf unseren Fall auch von Eccius und Cosak teilweise analog angewendet wird, nämlich dadurch, dass sie annehmen, dass der Käufer überhaupt ein zeitlich derart ausgedehntes Wahlrecht hat.

Das Gesetz enthält doch meines Erachtens, da der § 465 nur den Vollzug der Wandelung durch Vertrag regelt, keinerlei Bestimmung darüber, dass der Käufer in dem Falle des Wandelungsvollzuges durch Rückleistung an seine einmal erklärte Wahl nicht gebunden wäre; darin, dass man ihm also das Recht des Entschlusswechsels in demselben Masse zuerkennt wie im Falle des § 465, sollte man darin nicht eine analoge Anwendung des § 465 finden! (Denn zu einer anderen Entscheidung käme man doch auf Grund der §§ 262 ff. B.G.B.)

Ich meine daher vollberechtigt zu sein, den § 465 extensiv zu interpretieren und die gewonnenen Resultate auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

Wir haben in dieser Hinsicht zunächst gefunden, dass in den Fällen, in denen der § 465 unmittelbar Anwendung findet, der Vollzug der Wandelung mit der Beendigung der Wandelung nicht stets — man kann sagen nie — zusammenfällt, sondern dass letztere zeitlich später als der Vollzug eintritt.

Ich meine daher, dass man auch in dem vorliegenden Falle als Regel annehmen kann, dass der Vollzug der Wandelung zeitlich früher als die Beendigung der Wandelung fällt, also auf einen Zeitpunkt, der vor der tatsächlichen Rückgewähr der Leistungen liegt, sei es nun, dass diese freiwillig oder durch Zwangsvollstreckung erfolgt.

Unzweifelhaft muss dann auf Grund des § 465 als dieser Zeitpunkt derjenige angenommen werden, in dem zu dem „Verlangen“ des Käufers ein zweites Moment analog dem Vertragschluss hinzutritt, nämlich ein rechtskräftiges Urteil, durch das für die Parteien eine klare Rechtslage geschaffen wird. Eine noch über die Rechtskraft dieses Urteils hinaus sich erstreckende Ungebundenheit des Käufers an seine Wahl liegt durchaus nicht in seinem Interesse. Dagegen würde eine solche Ungebundenheit die kurze Befristung der Wandelungsrechte problematisch machen, insofern, als es dem Käufer unbenommen wäre, nachdem er ein Wandelungsurteil erstritten hat, noch ein Minderungsurteil innerhalb der kurzen Verjährungszeit zu erstreiten. Dann könnte der Käufer 30 Jahre hindurch auf Kosten des Verkäufers spekulieren. Ein eventuell durch § 466 etwas gemildertes, aber gewiss unbilliges Ergebnis.

Noch deutlicher bekundet die Entwicklungsgeschichte des § 465, dass es der Wille des Gesetzes sei, den Käufer auch in diesen Fällen mit der Rechtskraft des Urteils an seine Wahl zu binden.

In dieser Hinsicht kann ich auf den Schluss des § 5 verweisen. An jener Stelle habe ich nachgewiesen, dass

der § 465 nach einem Kommissionsbeschluss die Fassung erhalten sollte:

„Die Wandelung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich einverstanden erklärt hat, oder zur Wandelung rechtskräftig verurteilt ist!“

(cf. Antrag 2a Abs. 1 Prot. II. Lesung 86. Sitzung S. 707 cfr. S. 699b.)

Es wurde somit durch diesen Paragraph der Vollzug der Wandelung an zwei verschiedene rechtliche Ereignisse geknüpft. Nämlich erstens an die Abgabe der Einwilligungs-erklärung des Verkäufers, sei es nun, dass diese freiwillig oder zwangsweise nach § 894 Z.P.O. erfolgt und zweitens an das rechtskräftige zur Wandelung verurteilende Erkenntnis.

Unzweifelhaft ist es meines Erachtens, dass dieses zuletzt erwähnte rechtskräftige Urteil mit dem in § 894 Z.P.O. erwähnten Urteil nicht identisch ist. Die Gründe für diese meine Annahme habe ich schon im § 5 dieser Arbeit angegeben.

Erwähnt sei hier noch, dass durch diese Fassung und in dieser Auslegung der zitierte Paragraph tatsächlich den ausweislich der Protokolle über die 86. Sitzung von der Kommission verfolgten Zweck, die im bisherigen Recht streitige Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts des gerichtlichen Wandlungsvollzuges, zu lösen, erreichte.

Schon hieraus ergibt sich die Richtigkeit vorstehender Auslegung des Passus: „oder zur Wandelung rechtskräftig verurteilt ist“.

Wäre somit die oben erwähnte Bestimmung in der beantragten und von der Kommission angenommenen Fassung Gesetz geworden, so würde kein Zweifel darüber herrschen können, dass die Wandelung auch durch ein zur Wandelung verurteilendes rechtskräftiges Erkenntnis vollzogen wird. Vom Standpunkt der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht ist es unzweifelhaft, dass diese Art und Weise des Vollzuges der Wandelung auf die Fälle Anwendung finden müsste, in denen unmittelbar auf Rückgewähr der Leistungen geklagt wird.

Die Lehre von dem Wandelungsvollzuge wäre dann völlig unstreitig und geklärt.

Gleichwohl ist die erwähnte Bestimmung nur verkürzt in dem endgiltigen Gesetzestext zu finden.

Es fehlt der letzte Passus: „oder zur Wandelung rechtskräftig verurteilt ist“.

Der Grund für die Nichtaufnahme dieses Passus ist, wie schon im § 5 dieser Arbeit dargelegt, aus den Materialien zum B.G.B. nicht erfindlich.

Zur Streichung dieser durch Beschluss der Kommission in der 86. Sitzung angenommenen Stelle hätte ein aus den Protokollen II. Lesung oder aus den Revisionsprotokollen ersichtlicher Abänderungsbeschluss gefasst werden müssen. Aus dem gänzlichen Fehlen eines derartigen Abänderungsbeschlusses kann nur gefolgert werden, wie ich schon im § 5 dieser Arbeit erwähnte, dass die Streichung dieser Stelle von der Redaktionskommission erfolgte und zwar zu Unrecht, da die Redaktionskommission nur befugt war, formelle, die Fassung des Gesetzes betreffende Änderungen, nicht aber materielle Änderungen vorzunehmen.

Ich vertrete daher die Ansicht, dass der Zusatz: „oder zur Wandelung rechtskräftig verurteilt ist“, trotzdem er im § 465 nicht enthalten ist, als geltend, vom Gesetzgeber als gewollt anzusehen ist und in das Gesetz hineininterpretiert werden muss.

Wir kommen daher zu dem Resultat, dass in den Fällen, in denen der Käufer unmittelbar auf Rückgewähr der Leistung klagt, nicht erst durch den Beginn der Zwangsvollstreckung, sondern bereits in dem Augenblick, in dem das Urteil die Rechtskraft beschreitet, vollzogen wird.

§ 7.

Die Vollziehung der Wandelung durch Vertrag.

Die Vollziehung der Wandelung durch Vertrag, die das Gesetz, wie wir sahen, in voller Gleichberechtigung mit der Vollziehung durch Rückleistung zugelassen hat, be-

schränkt sich auf folgende Anwendungsfälle, einmal auf die freiwillige aussergerichtliche Vollziehung der Wandelung und dann auf diejenigen Fälle der gerichtlichen Vollziehung der Wandelung, in denen die auf Grund des Kaufvertrages geschuldeten Leistungen entweder von beiden Seiten, oder von einer Seite (von der des Käufers) noch nicht bewirkt sind.

Von diesen Fällen bedarf zunächst der Fall der aussergerichtlichen Vollziehung noch einer Erörterung insofern, als die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über die Schliessung von Verträgen auf diesen Fall einige geringe Schwierigkeiten bereitet.

Der hier zum Abschluss kommende Vertrag hat die Eigentümlichkeit und unterscheidet sich hierdurch von dem Normalfall des Vertrages, dass der Gegenkontrahent eventuell verpflichtet ist, den Vertragsantrag anzunehmen. Insbesondere übt der § 145 B.G.B. hinsichtlich des Vertragsantrages seine Wirkung dahin aus, dass der Käufer bis zum Eintritt der im § 146 erwähnten Erlöschungsgründe an seinen Antrag gebunden ist, sofern er nicht seine Gebundenheit ausgeschlossen hat.

Ebenso Eccius a. a. O. S. 323, Lobe a. a. O. S. 109.

In der 86. Sitzung Prot. S. 708 ff. hatte man in einem Antrage sogar die Gebundenheit des Käufers an seine Offerte noch auf einen längeren Zeitraum als den im § 145 f. bestimmten ausdehnen wollen und zwar, um dem Verkäufer, der doch bei dem Vorliegen gewisser Voraussetzungen zur Annahme des Antrages gesetzlich verpflichtet sei, eine angemessene Zeit zur Prüfung zu gewähren, ob jene Voraussetzungen tatsächlich vorlägen.

So angebracht diese Erwägung war, so ist doch mit Recht die Aufnahme einer solchen Bestimmung abgelehnt worden, da diese Frage Tatfrage des einzelnen Falles ist. Im Zweifel wird aber der Wille des die Wandelung anbietenden Käufers dahin auszulegen sein, dass er bis zum Widerruf an seinen Antrag gebunden sein will. Planck s. zu § 465 Lobe S. 109.

Es ist nicht zu verkennen, dass durch die Annahme dieser Gebundenheit das freie Wahlrecht des Käufers etwas beschränkt wird, doch liegt darin keine Unbilligkeit gegen den Käufer. Trotzdem nimmt Leistner S. 38 auf Grund des § 465 an, dass der Wandelung verlangende Käufer an seinen Antrag überhaupt nicht gebunden sei, auch nicht während der im § 145 bzw. § 146 ff. bestimmten kurzen Frist.

Zur Begründung dieser seiner Ansicht stützt er sich auf die Protokolle II. Lesung I. Bd. S. 711 und die Denkschrift S. 93, 94 und führt aus diesem folgendes an: „Der Grund für diese Ausschliessung des § 145 sei die Erwägung, dass es unzweckmässig sei, dem Käufer für die Zeit des Laufes dieser Frist die Möglichkeit des Widerrufs zu entziehen, da sehr leicht Umstände eintreten könnten, welche dem Käufer die Minderung vorteilhafter erscheinen liessen als die Wandelung.“

Abgesehen davon, dass diese völlige Ungebundenheit des Käufers eine Unbilligkeit gegen den Verkäufer enthielte, dem es in diesem Falle unmöglich gemacht würde, die Voraussetzungen der Wandelung zu prüfen, bezieht sich die von Leistner angeführte ablehnende Stelle der Protokolle auf den von mir erwähnten Antrag, die Frist für die Gebundenheit des Käufers an seine Offerte noch über die im § 145 f. bestimmte Frist auszudehnen.

Die Protokolle sprechen im Gegenteil an derselben Stelle aus, dass die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Vertragsschliessung zu angemessenen Ergebnissen führe und gehe insofern über die Bestimmung des § 145 ff. hinaus, als sie hervorheben „in dem Verlangen der Wandelung werde regelmässig der Wille gefunden werden müssen, bis zum Widerruf gebunden zu sein.“ Ebenso bezieht sich die von Leistner zitierte Stelle der Denkschrift nicht auf die Grundsätze über die Bindung der Offerte, sondern sucht nur die Tatsache zu begründen, dass dem Käufer das Recht des Entschlusswechsels im Gegensatz zum Entwurf I im Entwurf II gewährt worden sei. Während § 145 f. mit seinen Bestimmungen den An-

fang des Vertrages regelt, trifft § 465 den Schluss, das Ende des Wandelungsvertrages!

Einige Besonderheiten ergeben sich auch bei der Anwendung des § 150 B.G.B. auf vorliegenden Fall. Während nämlich nach § 465 B.G.B. der Vertrag dadurch zustande kommt, dass der Käufer den Verkäufer auffordert, seine Einwilligungserklärung abzugeben, also den Vertragsantrag stellt und der Verkäufer daraufhin seine Einwilligungserklärung abgibt, den Antrag annimmt, tritt bei Berücksichtigung des vom § 150 geregelten Falles eine Vertauschung der Rollen ein. Nimmt nämlich der Verkäufer den Antrag auf Abschliessung eines Wandelungsvertrages verspätet an, so gilt seine Annahme, also seine Einwilligungserklärung, als neuer Antrag und es steht in dem Belieben des Käufers, nunmehr diesen Antrag anzunehmen oder abzulehnen. Es wäre meines Erachtens denn doch zu formalistisch, wenn man behaupten wollte, dass im Fall der Annahme dieses vom Verkäufer ausgehenden Antrages durch den Käufer ein Wandelungsvertrag im Sinne des § 465 nicht abgeschlossen, die Wandelung nicht vollzogen werden könne. Ohne Bedenken kann man auch diese Art des Wandelungsvollzuges als vom Gesetz gewollt ansehen, umsomehr als das Gesetz im § 466 einen gleichen Fall geschaffen hat, indem es dem Verkäufer das Recht gibt, unter Erbieten zur Wandelung den Käufer aufzufordern, sich innerhalb einer Frist zu erklären, ob er Wandelung verlange.

Erklärt sich der Käufer innerhalb dieser Frist, so wird unzweifelhaft durch seine Erklärung die Wandelung vollzogen.

Eine dahingehende Auslegung des § 465, die Wandelung wird nur dadurch vollzogen, dass der Käufer den Antrag stellt und der Verkäufer denselben annimmt und nicht auch umgekehrt, liefe dem Prinzip des durchaus nicht formalistisch gesinnten Gesetzes zuwider.

Nach den vorangegangenen Erwägungen ist es fast selbstverständlich, dass der Vollzug der Wandelung nach § 465 auch ohne die ausdrückliche Erklärung der Annahme

seitens des Verkäufers zustande kommen kann, nämlich im Falle des § 151 B.G.B., wenn (was in unserem Falle weniger zur Geltung kommen wird, aber doch möglich ist) eine solche Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, oder wenn der Antragende auf sie verzichtet hat. Dann erfolgt die Annahme des Antrages, die unter allen Umständen zum Zustandekommen des Vertrages erforderlich ist, durch schlüssige Handlungen usw., also durch Annahmebetätigung.

Von Eccius ist a. a. O. S. 328 noch darauf hingewiesen worden, dass der Wandelungsvertrag, wenn Gegenstand des Kaufes ein Grundstück war, um formell rechtsbeständig zu sein, nach § 313 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfe.

Denn nur in diesem Falle könne der Verkäufer, wenn der Käufer nach Abschluss des Wandelungsvertrages sich weigere, das Grundstück ihm aufzulassen, gegen den Käufer auf Rückübereignung des Grundstücks klagen.

Meines Erachtens wäre diese Auffassung richtig, wenn der Wandelungsvertrag zwecks Gründung obligatorischer Verpflichtungen abgeschlossen würde. Wie wir sahen, sind die obligatorischen Verpflichtungen zur Rückgewähr der Leistungen im Fall der Wandelung schon implicite im Kauf enthalten. Darüber herrscht kein Streit; der Wandelungsvertrag hat meines Erachtens lediglich den Zweck, liberatorisch zu wirken. Es ist daher meines Erachtens nicht nötig, den Wandelungsvertrag, der doch einen völlig abstrakten Inhalt haben kann, oder doch zum mindesten die Rückübereignungsabrede nicht zu enthalten braucht, dem Formerfordernis des § 313 B.G.B. zu unterwerfen.

(Ähnlich Stratmann S. 10. Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.)

Vorstehende Erörterungen kommen nur für den aussergerichtlichen Vollzug der Wandelung durch Vertragschluss in Betracht. Für den gerichtlichen zwangsweisen Abschluss des Wandelungsvertrages sind sie belanglos. Ehe ich an

die Besprechung des gerichtlichen Vollzuges der Wandelung gebe, möchte ich noch einmal hervorheben, dass meines Erachtens — die Weigerung des Verkäufers zu wandeln vorausgesetzt — der wandelungsberechtigte Käufer dann auf Abschluss eines Wandelungsvertrages klagen muss, wenn von ihm noch nicht geleistet worden ist.

Der Käufer klagt also in diesem Falle gegen den Verkäufer auf Abgabe der Einwilligungserklärung und gemäss § 894 Z.P.O. gilt diese Erklärung mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben. Der Käufer ist somit in diesem Zeitpunkt von seiner Verbindlichkeit, den Kaufpreis zu zahlen, befreit und es stehen ihm gegen den Verkäufer keinerlei Ansprüche mehr zu.

Die vielumstrittene Frage, ob die Klage auf Rückleistung mit der Klage auf Abgabe der Einwilligungserklärung verbunden werden kann, kommt für diese Fälle, wie überhaupt für unsere vermittelnde Auffassung, nicht in Betracht. Der Käufer hat ja nach Abschluss des Wandelungsvertrages keinen Rückleistungsanspruch, da er ja noch nicht geleistet hat.

Ebenso kommt die Frage, ob das auf Abgabe der Willenserklärung erkennende Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, nicht in Betracht. Der Käufer hat kein Interesse an der Vollstreckbarkeitserklärung, da er von dem Beklagten keinerlei Leistungen einzutreiben hat.

Hieraus ist zu ersehen, dass die durch die Vertragstheorie bedingten praktischen Unzuträglichkeiten in unseren Fällen nicht vorliegen, was meines Erachtens wesentlich für diese Auslegung spricht.

§ 8.

Die Vollziehung der Wandelung durch Rückleistung beziehungsweise durch Verurteilung zur Rückleistung.

Es kann nach all dem Vorangegangenen nicht zweifelhaft sein, dass die Wandelung auch unmittelbar durch gegenseitige Rückgewähr der gemachten Leistungen seitens der Parteien vollzogen werden kann. Ausnahmsweise fällt

hier, im Falle der aussergerichtlichen Vollziehung der Wandelung, ebenso wie in dem analogen Fall, wenn noch von keiner Seite etwas geleistet ist, der Vollzug der Wandelung mit dem Zeitpunkt der engiltigen Beendigung der Wandelung, das ist der Rückgängigmachung des Kaufs, zusammen.

Wir sahen diese Fälle im § 5 als Ausnahmen an, da wir auch bei Unterstellung des Falles, dass von beiden Seiten bereits geleistet worden ist, dass also die Klage unmittelbar auf Rückleistung gerichtet werden muss, annahmen, dass mit dem Eintritt der Rechtskraft des auf Rückleistung erkennenden Urteils die Wandelung vollzogen sei analog dem auf Grund des § 465 B.G.B. ergehenden Urteil.

Die gerichtliche Vollziehung der Wandelung in diesem Sinne bietet keinerlei Schwierigkeiten. Es bleibt hierbei alles wie im bisherigen Recht.

An dieser Stelle möchte ich nur die Frage nach den Mitteln erörtern, durch deren Geltendmachung der Verkäufer den Käufer seinerseits zur Rückgewähr der Kaufsache zwingen kann.

Zu allernächst hat der Verkäufer auf Grund des Wandlungsvollzuges — für den Fall des Wandlungsvollzuges durch Abschluss eines Vertrages ist das wenigstens mit Rücksicht auf die §§ 467, 346 unbestritten — einen Anspruch auf Rückgewähr seiner Leistung, denn der Käufer ist dann nach § 346 auch seinerseits verpflichtet, dem Verkäufer die Kaufsache zurückzugeben.

Ich trage nun keinerlei Bedenken, auch in dem Falle des Wandlungsvollzuges durch Verurteilung zur Rückleistung dem verurteilten Verkäufer nun seinerseits eine Klage auf Rückgewähr zu geben, vorausgesetzt, dass nicht im Urteil selbst z. B. durch Verurteilung zur Leistung Zug um Zug sein Recht gewahrt ist. Ich stelle in dieser Wirkung die beiden Arten des Wandlungsvollzuges vollkommen gleich. Mensing, der den Vollzug der Wandelung durch Vertrag nur für den Fall des aussergerichtlichen Vollzuges anerkennt, gibt dem Verkäufer nur in diesem Falle des

Wandelungsvollzuges durch Vertrag ein Klagerecht auf Rückleistung mit der Begründung, dass der Gesetzgeber, „indem er ein Klagerecht des Verkäufers als Wirkung der vollzogenen Wandelung anerkannte (§§ 467, 346), hierbei nur an den Vollzug durch Einigung über die Wandelung gedacht hat“. cfr. Mensing a. a. O. S. 55.

Ich bin demgegenüber der Ansicht, dass der Gesetzgeber im Gegenteil bei dieser Regelung auch an die andere Art des Wandelungsvollzuges durch Verurteilung zur Rückleistung gedacht hat und im übrigen diese beiden Arten des Wandelungsvollzuges völlig gleichberechtigt konstruiert hat. Das geht aus den von mir in §§ 3 und 5 angeführten Schicksalen des § 465 hervor.

Lebenslauf.

Geboren zu Neisse am 27. Januar 1878 als Sohn des Fabrikbesitzers und Oberleutnants d. L. Josef Huch und seiner Ehefrau Maria geb. Soffner erhielt ich meine Schulbildung auf dem Königl. Gymnasium zu Neisse, welches ich Ostern 1897 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Ich studierte darauf die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Freiburg i. B., Göttingen, Leipzig, Berlin und Breslau und besuchte die Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren: *Eisele, Schmidt, Merkel, Ehrenberg, Leonhard, Planck, Baumann, Sohm, Strohal, Rieker, Klöppel, Bücher, Stieda, Kärst, Berner, Kohler, Hübler, Bornhak, Jakobi, Sering, Meitzen, Wagner, Simmel, Koser, Preuss, von Wenkster, von Halle, Pernice, Brie, Fischer, Jakobi, Joers, Leonhard, Beling*, denen ich allen hiermit meinen ergebensten Dank ausspreche.

Am 12. Juli 1900 bestand ich in Breslau das Referendar-examen und am 31. Juli 1900 das Rigorosum.

Der Verfasser.

Thesen.

1. Der mittelbare Besitzer des B.G.B. ist wahrer Besitzer.
2. Die Quartierleistungspflicht im Frieden ist eine dingliche Last, diejenige im Kriege eine persönliche Last.
3. Bei Sammlungen für gemeinnützige Zwecke stehen die eingezahlten Beträge nicht im Eigentum des „Unternehmens“, sondern im Eigentum der Einzahler so lange, bis eine zur Empfangnahme berechtigte Person vorhanden ist.

Der Verfasser.